



Roj: **STSJ M 587/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:587**

Id Cendoj: **28079330012021100031**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2021**

Nº de Recurso: **1236/2019**

Nº de Resolución: **10/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2019/0026221

Procedimiento Ordinario 1236/2019

Demandante: COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

ASOCIACION EMPRESARIAL HOTELERA DE MADRID (AEHM)

PROCURADOR D./Dña. NOEL ALAIN DE DORREMOCHEA GUIOT

PLENO 1/2020

SENTENCIA Nº 10/2021

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER

Dña. MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

Dña. MARÍA PRENDES VALLE

En la Villa de Madrid a catorce de enero de dos mil veintiuno.



La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Pleno Jurisdiccional compuesto por los/as Magistrados/as integrantes de las Secciones Primera y Segunda antes expresados/as, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número **1236/2019** y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugnan los artículos 1.3; 6.2.A.2.a), ii), iii); 6.2.B.2.a), ii), iii); 6.2.B.3.c); 6.2.C.2.a), ii); 6.2.C.3.b) y artículo 8.1 apartado 1º guión último del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 27/3/19 por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera [BOCM Nº 95, de 23/4/19].

Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado y asistido por la Letrada Consistorial Sra. Benavides Schüller. Como codemandada ha intervenido la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE HOTELEROS DE MADRID, representada por el Procurador Sr. Dorremocha Guillot y dirigida por el Letrado Sr. Vega Labella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en esta Sala escrito por el que el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, actuando en la representación que de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número **1236/2019**.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado en fecha 15/1/20, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 24/2/20, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenidos, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora. En similares términos hizo lo propio la codemandada mediante escrito presentado en fecha 9/7/20.

CUARTO.- Por Decreto de fecha 21/7/20 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de 28/7/20, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones (presentados, respectivamente, en fechas 14/9/20, 29/9/20 y 23/9/20) las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Habiéndose apreciado la íntima relación existente entre procedimientos cuyo conocimiento viene atribuido a las Secciones Primera y Segunda, con el fin de unificar criterios en su resolución y evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios entre las mismas, por Acuerdo de fecha 17/11/20 del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid se señaló la celebración de Pleno Jurisdiccional para el día 16/12/20 a constituir por los/as Magistrados/as integrantes de las Secciones Primera y Segunda y en cuyo seno se llevó a cabo la deliberación, votación y fallo del presente procedimiento. Ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. José Damián Iranzo Cerezo**.

OCTAVO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso, pretensión y motivos en que se funda la demanda.

1. Se interpone por la representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 27/3/19 por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera (PEH). En particular, son objeto de impugnación los artículos que siguen:

-El artículo 1.3, por el que se establece la zonificación de la ciudad de Madrid en tres anillos concéntricos.

-Los artículos 6.2.A.2.a), ii), iii); 6.2.B.2.a), ii), iii); 6.2.B.3.c); 6.2.C.2.a),ii) y 6.2.C.3.b), en los que se prevé el régimen del uso terciario en la clase de hospedaje en lo concerniente a las condiciones de implantación en parte de la edificación.

-El artículo 8.1 apartado 1º guión último en tanto que establecería, a propósito de los requerimientos medioambientales básicos de los PECUAU relativos a las Viviendas de Uso Turístico (VUT), la obligación de visado profesional en los planos que debe incluir el proyecto de VUT.



2. En disconformidad con la citada actuación, se interesa la nulidad de los preceptos indicados con condena en costas a la Administración demandada.

3. Tras discurrir por los que da en llamar " *principios aplicables a la regulación de las actividades económicas*", esgrime los artículos 38 y 139 de la Constitución para, con base en el artículo 16 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), advertir que toda actuación administrativa ha de respetar el " *funcionamiento competitivo de los mercados*". Afirma que cualquier limitación debe venir precedida de una ponderación entre los intereses que quieran salvaguardarse y la competencia, haciendo para ello efectivos los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en la regulación de las actividades económicas.

Al hilo de lo anterior, se invocan los artículos 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 5 LGUM para enfatizar que las limitaciones a la libre iniciativa económica deben ser necesarias, proporcionadas (adecuadas al objetivo perseguido y que supongan la mínima restricción) y estar motivadas. Igualmente, destaca que han de venir amparadas en las " *razones imperiosas de interés general*" que con carácter tasado relaciona el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LAASE) y que no pueden revestir " *naturaleza económica*" (artículo 18.2 g) LGUM, en relación con el artículo 10 e) LAASE).

Reseña que para la implantación del uso de hospedaje en una vivienda se estaría ante un régimen autorizatorio y apunta a que la falta de justificación de una disposición en términos de necesidad y proporcionalidad, o su fundamentación en motivos de tipo económico, es contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión que trae a colación. Sobre la base de cuanto antecede, articula los motivos de impugnación siguientes:

-En primer lugar, la falta de justificación de las restricciones previstas en lo que da en llamar " *Decreto*". Apunta a que tanto la zonificación de la ciudad de Madrid en anillos concéntricos (artículo 1.3) como la exigencia de acceso independiente y ubicación para la implantación del uso de hospedaje en parte de la edificación (artículo 6) o la exigencia de visado profesional para el plano de la vivienda (artículo 8.1) constituyen " *obstáculos para el desarrollo de una competencia efectiva*" en tanto que " *barrera a la entrada y permanencia de operadores*" que limita su " *capacidad a la hora de competir y ofrecer sus productos y servicios*". Aduce " *escasa fundamentación*" de la compatibilidad de las medidas adoptadas con los intereses públicos en materia de competencia así como sobre su conformidad con las libertades de acceso y ejercicio de las actividades económicas. Sostiene que la misma se reduciría a lo que se incluye en el Informe jurídico y destaca que éste no aporta una verdadera motivación sobre la adecuación y proporcionalidad de las restricciones con relación a los intereses a salvaguardar.

-En segundo lugar, alega la infracción de los principios de buena regulación en la que se incurriría por mor de las restricciones antedichas. El punto de partida es que la finalidad de preservar el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad y evitar su sustitución por el uso de servicios terciarios no constituye un objetivo de interés público incluíble en la lista tasada de razones imperiosas de interés general que justificaría la limitación de las actividades económicas. Remite en tal sentido al Informe económico que acompaña como Anexo de la demanda y en el que se evaluaría la aplicación de la actuación recurrida. Concluye la desproporción de las medidas para los fines perseguidos y su carácter discriminatorio respecto del resto de operadores del mercado de alojamiento turístico. Cifra en un 95% las VUT que se verán " *expulsadas del mercado*" y afirma que ello no se traducirá en un correlativo incremento de las viviendas residenciales (lo fija en un 11%) por cuanto responderían a un " *esquema de economía colaborativa*". Añade que buena parte de la demanda de alojamiento turístico quedaría así desatendida, con el consiguiente detrimento del " *bienestar que para el consumidor ello supone*".

-En tercer término, combate la " *división en zonas de la Ciudad de Madrid*" que el artículo 1.3 establece. Señala que ésta no puede considerarse la medida menos restrictiva posible y apunta a otras " *menos distorsionadoras*" de la competencia como la " *intervención vía precios*" o la aplicación de un " *impuesto o tasa turística sobre la estancia en alojamientos turísticos*" y sin diferenciación entre sus diferentes tipos.

-En cuarto lugar, en lo que hace a las exigencias relativas a la implantación y acceso independiente (artículo 6), califica de " *barrera insalvable de acceso al mercado*" para el 95% de las VUT afectadas por el Plan Especial, con la consiguiente contravención del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios). Considera injustificada la prohibición o limitación de implantación de alojamientos turísticos en determinadas plantas de los edificios en los anillos 1 y 2 cuyo uso existente sea residencial, o también la exigencia de acceso independiente para todas las modalidades de hospedaje que se implanten en parte de los edificios que tengan un uso residencial existente. Razona además que tal medida puede implicar precios más elevados para los consumidores, mayores márgenes para los operadores incumbentes y " *menores incentivos a la eficiencia, la inversión, la innovación y la calidad*",

considerándolo " *especialmente dañino*" para la defensa, promoción y mantenimiento de la competencia efectiva en la ciudad de Madrid.

-Finalmente, alega que el artículo 8.1 PEH, al establecer la obligación de aportar un plano de la VUT con visado colegial para obtener la autorización de implantación, resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad. Ello por cuanto tal exigencia aparecería circunscrita a los supuestos tasados que contempla el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio (RVCO), siendo así que la Sala Tercera (Sección 3ª) en Sentencia Nº 1741/2018, de 10 de diciembre (rec. 2347/2016), ya anuló el inciso " *visado por el colegio profesional correspondiente*" del artículo 17.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (DATVUTM).

SEGUNDO.- Contestación a la demanda del AYUNTAMIENTO DE MADRID.

4. Trayendo a colación cuantos antecedentes entiende relevantes, se opone a los motivos impugnatorios articulados de contrario de la forma que sigue:

-En primer término, rechaza la falta de motivación remitiéndose a la documentación en la que el Consistorio se habría fundado para la adopción de las determinaciones que adopta. Alude con ello, además de a la Memoria, al trabajo " *Estudios sobre la oferta del alojamiento turístico en Madrid. Características y distribución territorial*", al " *Análisis del impacto de las viviendas de uso turístico en el distrito Centro*" (ambos de 2017), al " *Estudio sobre el impacto del alojamiento turístico en la ciudad de Madrid*" (de 2018), al " *Documento Diagnóstico*" y al Informe de fecha 24/1/18 sobre motivación e identificación del alcance y ámbito territorial de la suspensión de actos de uso de suelo y ejecución de actividades. Concluye que a través de toda esa documentación se justificarían las nuevas decisiones de forma detallada y pormenorizada, abordando la transformación del hospedaje en la ciudad de Madrid y acreditando la necesidad de actualizar la ordenación del uso previsto en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOUM).

-En segundo lugar, advierte, con cita de la Sentencia Nº 292/2019, de 11 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (rec. 565/2018), que constituye una razón imperiosa de interés general la preservación del derecho a la vivienda de la población afectada por la ordenación así como la protección del entorno urbano.

-En tercer término, postula lo adecuado de la zonificación con base en los criterios expresados en la Memoria (apartado 3) y los datos que suministraría el Diagnóstico. De los mismos se desprendería que la localización principal de los establecimientos de hospedaje se sitúan en el Centro Histórico, " *complementándose hacia el Norte con la existencia de áreas de importante actividad económica*". Destaca -con cita del apartado 7 de la Memoria- que la evolución del turismo en la ciudad ha determinado una " *especialización de los barrios*" de la misma y ello, a su vez, habría implicado la transformación del comercio, la masificación y el sobreuso del espacio público o la sustitución de la vivienda permanente de los residentes habituales por población flotante (fundamentalmente turistas) y su consiguiente expulsión, con deterioro de la convivencia vecinal y pérdida de la identidad de los barrios. Concluye que el PEH se limita a establecer un régimen de interrelación del uso terciario de hospedaje con el uso cualificado residencial, pormenorizando su viabilidad como compatible o autorizable con la finalidad de no impedir o perjudicar el desarrollo del uso turístico en la ciudad, sino de " *encauzarlo dentro de un marco urbanísticamente más equilibrado, que descargue las zonas del Centro de los impactos negativos derivados de la expansión turística no controlada*".

-En cuarto lugar, justifica las exigencias de implantación y acceso independiente por mor de las " *amenazas que sufre y ha sufrido el uso residencial*" en determinadas zonas de la ciudad en las que la " *expulsión de las viviendas destinadas a alojamiento permanente es un hecho que ha sido contrastado con las cifras y datos que figuran en el Diagnóstico*". Parte de los dos instrumentos de los que se serviría el PGOU de 1997 para proteger el uso residencial frente a la implantación de otros usos terciarios (la condición de planta o posición del uso terciario en el edificio y el acceso independiente). Asevera que el Plan Especial se habría fundado en los mismos para diferenciar la implantación del hospedaje en la totalidad de la edificación o en parte de la misma o distinguir la regulación en función de si en la parcela está implantado ya como existente el uso residencial.

-Finalmente, a propósito de la exigencia de visado que la demanda atribuye al artículo 8.1 PEH, niega que pretenda modificarse lo previsto en el RVCO sino que tal visado colegial solo sería exigible en los términos previstos en este último.

TERCERO.- Contestación de la codemandada, la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE HOTELEROS DE MADRID.

5. Tras exponer cuantos extremos considera pertinentes, se opone a los motivos impugnatorios esgrimidos con la demanda en términos análogos a los del Consistorio.

En particular, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 30 de enero de 2018 (C-360/15), asunto *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contra X BV y Visser Vastgoed Beleggingen BV contra Raad van de gemeente Appingedam*, advierte que resulta posible el establecimiento de limitaciones zonales a las actividades comerciales o empresariales, siempre que con ello se respeten los principios de necesidad y proporcionalidad, circunstancia ésta que predica del Plan Especial. Considera en suma justificada y debidamente motivada tanto la zonificación como la exigencia de acceso independiente. Ello en aras de garantizar la convivencia y el uso residencial dentro del edificio, con la consiguiente evitación de los perjuicios inherentes al desarrollo de la actividad turística.

En última instancia, respecto de la exigencia de visado colegial, descarta que el artículo 8.1 PEH imponga la misma en forma distinta a la prevista en la normativa sectorial de aplicación, siendo así que no se añadirían "supuesto o limitación adicionales".

CUARTO.- El Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje. Aspectos generales y preceptos controvertidos.

6. Con el propósito declarado de "preservar el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad", el PEH establece una "nueva regulación de usos compatibles y autorizables, limitando al máximo la expulsión del uso residencial de carácter permanente y su sustitución por el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje destinado a proporcionar alojamiento temporal" (artículo 1.1).

La delimitación del área de ordenación objeto del Plan Especial está grafiada en el plano "Ámbito de aplicación" de la Documentación Gráfica (artículo 1.2). Se dibujan al efecto tres anillos concéntricos que abarcan el Distrito Centro (Anillo 1), determinados barrios de los Distritos de Chamberí, Chamartín, Salamanca, Retiro y Arganzuela (Anillo 2) así como otros tantos de los Distritos de Tetuán, Chamartín, Salamanca, Retiro, Arganzuela, Usera, Carabanchel, Latina y Moncloa-Aravaca (Anillo 3) (artículo 1.3).

Las determinaciones del PEH "no serán de aplicación a aquellas parcelas que tengan aprobado definitivamente un Plan Especial exigido por el vigente PGOUM 97 para la implantación del uso de Servicios Terciarios en la clase de hospedaje y no hayan implantado la actividad, pudiendo solicitar licencia urbanística al amparo del mismo" (artículo 2.4).

7. Bajo el epígrafe "Normas Urbanísticas particulares", se expresa que el PEH "incorpora normas urbanísticas específicas y particulares para el ámbito de aplicación definido en ellas. Estas ordenanzas serán de aplicación con carácter preferente en dicho ámbito sobre la norma zonal u ordenanza particular del área de planeamiento correspondiente. Las Normas Urbanísticas (NN UU) del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOUM 97) serán aplicables con carácter subsidiario para todas aquellas consideraciones no contempladas expresamente en las presentes Ordenanzas Particulares. En caso de existir contenidos contradictorios entre las determinaciones de las Normas Urbanísticas del Plan General de 1997 y las especificaciones de las presentes ordenanzas, prevalecerán las de estas últimas sobre las primeras".

Ello ha de ponerse en relación con el artículo 4.3 PEH, de acuerdo con el cual "las Normas de este Plan son las condiciones particulares que, junto con las generales que se establecen en los Títulos 6 y 7 de las NN UU del PGOUM, regulan las condiciones a que han de sujetarse los edificios y usos en función de su localización. Estas normas serán de aplicación con carácter general en todo el ámbito del Plan Especial, así como las Normas Urbanísticas del PGOUM con carácter subsidiario para todas aquellas consideraciones no contempladas expresamente en las presentes Ordenanzas Particulares. En caso de existir contenidos contradictorios entre las determinaciones de las Normas Urbanísticas del Plan General de 1997 y las especificaciones de las presentes ordenanzas, prevalecerán las de estas últimas sobre las primeras".

8. Al hilo de lo anterior y en cuanto a la clasificación de los usos según su nivel de interrelación, indica el artículo 5.1 PEH que "los usos, según el nivel de afección y consecuente caracterización de las diversas zonas en que se estructura el territorio ordenado por el Plan General se encuentran definidos en el artículo 7.2.3 Clasificación de los usos según su régimen de interrelación, así como las Condiciones Generales de los usos Compatibles y Autorizables en los artículos 7.2.7 Definición y 7.2.8 Condiciones Generales de las NN UU del PGOUM 97".

Asimismo, se define el acceso independiente en el apartado d) del artículo 5.2 como el "acceso desde el espacio de uso público hasta los locales donde se implante el uso de hospedaje, sin utilizar elementos comunes del edificio residencial".

9. El régimen del uso terciario en la clase de hospedaje se regula en el artículo 6 PEH. Diferencia al efecto según se implante en la totalidad de la edificación (artículo 6.1) o en parte de la misma (artículo 6.2) y, en ambos casos, además, distingue según que el ámbito se circunscriba a los Anillos 1, 2 y 3. En lo que aquí interesa (toda vez que los preceptos combatidos se limitan a los supuestos de implantación en parte de la edificación), cabe en líneas generales advertir:



-De una parte, que en los edificios con uso cualificado residencial ubicados en los Anillos 1 y 2 se demanda de forma generalizada acceso independiente. Además de éste último, se exige la implantación en planta inferior a la baja, baja y primera cuando el nivel de usos sea A y B. Cuando el nivel de usos sea C y D se podrá implantar en cualquier situación del edificio.

-De otra, cuando el edificio con uso cualificado residencial se encuentre en el Anillo 3, el uso terciario en la clase de hospedaje habrá de contar con acceso independiente en aquellos casos en los que no se admite la implantación de otras clases del uso de servicios terciarios. Si el uso existente es distinto del residencial cabe la implantación en cualquier situación y sin acceso independiente, excepto en la Norma Zonal 8 y Colonias Históricas.

10. Dentro de la regulación de las "*Medidas protectoras y correctoras para reducir o eliminar efectos ambientales negativos*", el artículo 8 PEH, tras señalar que "*la implantación de un uso diferente del calificado en un edificio completo, se admite en régimen de interrelación de uso ALTERNATIVO, mediante licencia directa, o AUTORIZABLE, mediante Plan Especial*", se ocupa de los "*Requerimientos medioambientales básicos de los PECUAU relativos a las VUT*" (artículo 8.1). Prevé al efecto que "*los aspectos ambientales básicos que podrán orientar los contenidos de los PECUAU relativos a las VUT (como tipología de menores dimensiones, magnitud e importancia), serán los siguientes: 1. Descripción del proyecto:*

-*Instalación/ampliación/modificación.*

-*Ubicación en el inmueble.*

-*Norma zonal donde se localiza.*

-*Superficie total (m2).*

-*Espacios que incluye, distribución y planos (firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente).*"

QUINTO.- Motivación del Plan Especial. Memoria, Documento Diagnóstico y estudios previos.

11. Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes y el contenido de los preceptos del instrumento de planeamiento impugnados, procede el examen individualizado de los motivos impugnatorios que se articulan. Se funda el primero de ellos en la ausente motivación de las restricciones que desde el punto de vista de la competencia se disponen al supeditar la implantación del uso terciario en la clase de hospedaje a los condicionantes expuestos en el Fundamento de Derecho precedente. Razona el organismo regulador recurrente que no se aportaría por el Consistorio una fundamentación suficiente en la que sustentar las restricciones a la entrada y permanencia de los "*operadores*" o las limitaciones que se les generarían "*a la hora de competir y ofrecer sus productos y servicios*". Todo ello -añade- resultaría incompatible con los intereses "*en materia de competencia*" y con las libertades de acceso y ejercicio de actividades económicas.

12. Declaraba ya la Sala Tercera (Sección 5ª) en Sentencia de 13 de febrero de 1992 (rec. 4101/1990) que "*el plan, elemento fundamental de nuestro ordenamiento urbanístico, dibuja el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia. Corresponde a la Administración, con una intensa participación ciudadana para asegurar su legitimación democrática, el trazado de dicho modelo atendiendo a las exigencias del interés público: La ciudad es de todos y por tanto es el interés de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios de suelo, el que ha de determinar su configuración*" [F.D. 2º].

Establece el artículo 77.2 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RP), que las determinaciones necesarias para el desarrollo del Plan General de Ordenación se contendrán, entre otros, en la Memoria descriptiva y justificativa de la conveniencia y oportunidad del Plan Especial de que se trate. Esa Memoria constituye, en el decir de la citada Sentencia del Tribunal Supremo, "*la motivación del Plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento*" [F.D. 3º]. Se advierte por ello que "*no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la Ley*" [F.D. 3º]. Y es que en definitiva "*la naturaleza normativa de los Planes y su profunda discrecionalidad requiere como elemento interpretativo esencial su justificación a través de la Memoria del Plan*" (en tal sentido, Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 1 de julio de 2015 (rec. 2645/2013).

13. La proyección de las consideraciones anteriores lleva al examen en este caso de la Memoria - Informe de ordenación y propuesta suscrita en fecha 20/7/18 por la Jefa del Departamento de Planeamiento, el Subdirector General de Planeamiento Urbanístico y el Director General de Planeamiento y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid.

El punto de partida de la misma viene dado precisamente por sendos estudios elaborados por el Consistorio ya en el año 2017 y titulados "*La oferta de alojamiento turístico en Madrid. Características y distribución territorial*" y "*El impacto de las Viviendas de Uso Turístico en el Distrito Centro*". Éstos, a su vez, desembocaron en el Documento de Diagnóstico "*El alojamiento turístico en la Ciudad de Madrid. Evaluación urbanística de su impacto urbano*" rubricado el 13/7/18 por el Subdirector General de Planeamiento y Gestión Urbanística.

Inciden los dos primeros Informes en la presión del uso de hospedaje sobre el residencial y resaltan que los impactos sociales, funcionales y ambientales inadecuados se producen en zonas determinadas de la ciudad de Madrid, ya en el espacio público, ya en la convivencia con los residentes habituales de los propios inmuebles de viviendas.

El Documento de Diagnóstico, sobre la base de sendos indicadores compuestos (indicador sobre el tejido urbano e indicador sobre la vivienda), aprecia una localización principal de los establecimientos de hospedaje en la ciudad de Madrid en el Centro histórico. También hacia el Norte destaca las implantaciones en los distritos de Salamanca, Chamberí y Arguelles (en los que la oferta turística se complementaría con áreas de relevante actividad económica, eje que se extiende a través del Paseo de la Castellana). Una tercera área de concentración vendría dada por el eje de la A-2 desde la M-40, ligada a las instalaciones aeroportuarias, los recintos feriales y a otras importantes zonas de actividad económica industriales y terciarias. En suma, colige una "*mapificación*" con una "*significativa concentración de los alojamientos turísticos en el distrito Centro y cómo el número de estos va disminuyendo según nos alejamos de la Almendra Central madrileña*" (Síntesis de la oferta - apartado 3.2).

Otro tanto de lo mismo predica de las VUT, desprendiéndose una concentración masiva de las mismas en el distrito Centro, seguido en importancia por el distrito de Chamberí y disminuyendo su presencia hasta ser prácticamente inexistente en los distritos exteriores a la M-40. Significa que la localización espacial de las VUT sigue un patrón mucho más dependiente de su proximidad al Centro histórico, en un gradiente claramente vinculado a la distancia respecto a él. Muestra una presencia dominante en la zona histórica central y empieza a apuntar la ampliación de su área de localización preferente sobre los barrios limítrofes al centro y al entorno del río Manzanares tras su recuperación mediante Madrid Río, en especial frente al Palacio Real (Dinámica de crecimiento de la capacidad de alojamiento - apartado 3.2).

14. Sobre tales premisas, declara la Memoria que el PEH "*pretende defender las áreas residenciales centrales de la ciudad, como ámbitos de residencia permanente, frente al desplazamiento de esta por el alojamiento turístico de carácter temporal*". Ello -se insiste- con base en la "*evolución reciente de la implantación del alojamiento turístico en la ciudad de Madrid, especialmente en la modalidad de viviendas de Uso Turístico (VUT), y en su impacto sobre determinadas áreas residenciales, específicamente en el Centro Histórico*" (apartado 2).

En coherencia con el Diagnóstico, la Memoria justifica, para cada anillo, una "*gradual defensa del uso residencial*" que se enmarca en una "*estrategia de propiciar la difusión centrífuga de las actividades de hospedaje*". Precisa que "los anillos propuestos se asimilan conceptualmente al distrito Centro, al Conjunto Histórico y a la Almendra. Si bien, su delimitación concreta se ajusta para incluir barrios divididos o limítrofes en función de los indicadores evaluados en el Diagnóstico, como ocurre en algunos barrios con frente a Madrid Río" (apartado 3).

15. Ya en cuanto al contenido y alcance de la propuesta de Plan Especial, la Memoria razona que la "*turistificación*" es un "*fenómeno de expansión descontrolado del alojamiento turístico, sobre todo en aquellas zonas centrales de una ciudad, y que tiene o puede tener efectos muy negativos sobre la vida de sus ciudadanos*". Dentro de tales consecuencias perniciosas se alude a la transformación del comercio, la masificación y el sobreuso del espacio público (con el consiguiente coste añadido que tiene de cara a los servicios públicos), la sustitución de la vivienda permanente de los residentes habituales por población flotante (esencialmente turistas) con la correlativa expulsión de los primeros acuciados por un "*deterioro de la convivencia vecinal*" y la "*pérdida de identidad de estos barrios*" (apartado 7).

Por todo ello se justifica el acotamiento de las posibilidades de implantar el uso terciario de hospedaje en los barrios especialmente afectados tendiendo a "*homologar las condiciones del hospedaje con las de otras clases del terciario en relación con su convivencia con el residencial*" y sin perjuicio de las "*matizaciones necesarias en relación con las diferentes modalidades de alojamiento*". Concreta que se establece de esa forma un régimen de interrelación del uso terciario de hospedaje con el uso cualificado residencial, "*pormenorizando su viabilidad como compatible o autorizable*" y a través de una regulación que se impone sobre la dispuesta por las normas zonales y ordenanzas de los distintos ámbitos de planeamiento concernidos (apartado 7).

Concluye que la nueva regulación se basaría en la del Plan General vigente, que integra niveles de uso y niveles de protección, "añadiendo la condición del uso existente del edificio, así como los anillos que conforman el ámbito de este PEH" (apartado 7).



16. Cuanto precede conduce sin dificultad a rechazar el primer motivo de impugnación. El Consistorio ha satisfecho cumplidamente la necesidad de exteriorizar las razones que justificaron la aprobación del Plan Especial, la adecuación de las determinaciones que incorpora a los fines perseguidos y ha expresado los intereses públicos a los que se da prevalencia (señaladamente, la protección de las áreas residenciales centrales de la ciudad evitando su sustitución por el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje destinados a proporcionar alojamiento temporal).

De todo ello se da cuenta en la Memoria - Informe de ordenación y propuesta, la cual se remite, a su vez, a los estudios previos y al Diagnóstico. A tenor de las conclusiones alcanzadas en los mismos la Administración actuó la potestad discrecional en cuestión y lo hizo, además, ofreciendo la motivación que exige el artículo 35.1 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). La recurrente puede no compartir el criterio municipal pero lo que desde luego debe descartarse es que no se hayan revelado los elementos que han contribuido a formar la voluntad administrativa o las razones que en la misma han resultado decisivas.

SEXTO.- Razón imperiosa de interés general concurrente.

17. El segundo de los motivos impugnatorios parte de la negativa a considerar como razón imperiosa de interés general justificativa de la limitación del desarrollo de actividades económicas la ordenada a preservar el uso residencial en áreas centrales de la ciudad para evitar su sustitución por el uso de servicios terciarios. Señala lo desproporcionado de las medidas que el PEH comporta y cifra en un 95% las VUT que se verán "expulsadas del mercado" al tiempo que asevera que ello no llevaría aparejado un correlativo incremento de las viviendas residenciales (lo fija en un 11%) por cuanto las primeras responderían a un "esquema de economía colaborativa". Presagia que buena parte de la demanda de alojamiento turístico quedaría desatendida y anticipa el deterioro del "bienestar que para el consumidor ello supone".

18. Para rechazar este segundo motivo impugnatorio basta un simple recorrido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) referente a la consideración de "la protección del medio ambiente y del entorno urbano" como razón imperiosa de interés general de las definidas en el artículo 3.11 LAASE y que, por tanto, habilitan para limitar el acceso o ejercicio de una actividad económica o, como previene la Directiva de servicios, "justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones" (Considerando 56).

-En tal sentido, en la Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011 (C-400/08), a propósito del recurso interpuesto por la Comisión contra el Reino de España por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían por mor del artículo 43 CE y derivado de la imposición de restricciones al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña, se declaró, de un lado, que "las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo" [§ 73]. De otro, que entre esas razones imperiosas figura precisamente la ordenación del territorio [§ 74].

-En la misma línea, la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 1 de octubre de 2009 (C-567/07), además de recordar que ya había sido admitido que "una normativa nacional restringiera la libre circulación de capitales para luchar contra la presión inmobiliaria o para mantener una población permanente en el medio rural a fines de ordenación del territorio" [en tal sentido, STJUE de 1 de junio de 1999 (C-302/07) o STJUE de 5 de marzo de 2002 (C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99)], afirma que "las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general" [§ 30].

-O la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2013 (C-197/11 y C-203/11) en tanto que sienta que las exigencias "relativas a la política de vivienda social de un Estado miembro pueden ser razones de interés general y, por tanto, justificar restricciones" [§ 52].

19. Pero sin duda la más reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020 (C-724/18 y C-727/18) va más allá de la declaración de que exigencias de política de vivienda de protección oficial o de lucha contra la presión inmobiliaria puedan constituir razones imperiosas de interés general cuando un mercado experimenta escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta. En la misma se da respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación de Francia) en los litigios seguidos entre las entidades Cali Apartments SCI y HX de una parte y el Fiscal General ante el Tribunal de Apelación de París y la ciudad de París por otro. Ello a raíz de la condena a las mercantiles al pago de sendas multas y la reversión de los inmuebles de los que eran titulares en París a su uso como vivienda al haber arrendado los mismos sin autorización previa de las autoridades locales a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo.



Sin perjuicio de otras conclusiones que en tal Sentencia el Tribunal de Justicia se alcanzan -y que serán referidas con ocasión el examen de los siguientes motivos impugnatorios-, se establece que el artículo 9.1 b) y c) de la Directiva de servicios debe interpretarse " en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz" [§ 75].

20. Parafraseando a la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) Nº 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019), que acoge precisamente la doctrina de la Sentencia del TJUE que acaba de citarse, solo cabe concluir que en el caso del Plan Especial impugnado " nos encontramos [...] ante "una razón imperiosa de interés general" que habilitaba, a la Administración local, para someter a las VUT de referencia, a una calificación o régimen de usos urbanística, como el contenido en la Modificación del PGOUB, que no va encaminado -en modo alguno- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas" [F.D. 9º].

El Tribunal Supremo desestima precisamente en la citada Sentencia el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 2ª) Nº 292/2019, de 11 de junio (rec. 565/2018), por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 25/1/18 que aprobaba definitivamente la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico.

21. Como en aquél supuesto, el Ayuntamiento de Madrid actúa urbanísticamente estableciendo limitaciones a la implantación del uso terciario en la clase de hospedaje. Lo hace, en esta ocasión, a través de la aprobación de un Plan Especial por el que se establece una nueva regulación de usos compatibles y autorizables. Sin embargo, la motivación es la misma, esto es, salvaguardar el uso residencial (el que sirve para " proporcionar alojamiento permanente a las personas" - artículo 7.3.1.1 de las NN.UU. del PGOUM) en aquellos distritos y barrios en los que se estaría viendo severamente desplazado por el uso terciario en la clase de hospedaje (destinado a " proporcionar alojamiento temporal a las personas" - artículo 7.6.1.2 a) de las NN.UU.).

Se está así ante lo que la Sala Tercera califica en la mentada Sentencia de " urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de modificación para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades" [F.D. 6º]. Proceso de adaptación que " en las grandes ciudades" tiene que hacer frente a " la transformación -de hecho- de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas la consecuencias que de ello se derivan, pues, es evidente que cuando más auténtico es un lugar, a más gente atrae, pero, cuanta más gente atrae, más se diluye su auténtica identidad, y con ello la vida de los residentes habituales del mismo lugar" [F.D. 6º]. Se trata, concluye el Tribunal Supremo, de evitar la conversión de " las ciudades -o las partes esenciales de las mismas- en un a modo de parque temático, en vez de un lugar habitable y de convivencia" que hace de la propia ciudad " un problema y no en un sistema de solucionar los problemas de sus habitantes" [F.D. 6º].

Tal propósito constituye una razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 LAASE y avala el establecimiento de límites al acceso a la actividad económica concernida o a su ejercicio de conformidad con lo que prevé el artículo 5 LGUM. Límites que tanto para el Tribunal de Justicia como para el Tribunal Supremo satisfacen las exigencias del principio de necesidad en supuestos que guardan identidad sustancial con el aquí examinado y sobre cuya proporción o si constituyen el medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica se abundará con ocasión del examen de los siguientes motivos impugnatorios.

SÉPTIMO.- La zonificación de la ciudad de Madrid en tres anillos concéntricos (artículo 1.3 PEH).

22. Precisamente al hilo de lo que acaba de exponerse, el recurso que el organismo regulador dirige contra el artículo 1.3 PEH y que se ha relacionado como tercer motivo de impugnación, se funda en la existencia de medidas " menos distorsionadoras" para la competencia que la " división en zonas de la Ciudad de Madrid" que



el citado precepto configuraría. Se sugiere en tal sentido que el mismo resultado podría obtenerse a través de una "intervención vía precios" o mediante la implementación de un "impuesto o tasa turística sobre la estancia en alojamientos turísticos" que no estableciera diferenciación entre la diferente tipología de los mismos.

23. Ya se ha expresado la motivación contenida en la Memoria y el Diagnóstico en relación con los diferentes regímenes de implantación del uso terciario en su clase de hospedaje en atención a su ubicación en alguno de los tres anillos que se delimitan con el PEH. También se ha señalado que ello responde exclusivamente a la intensidad de la presión turística que en cada uno de esos ámbitos se constata. Y se ha precisado que, ya se trate de establecimientos de hospedaje en general, ya de VUT en particular, su localización se sitúa principalmente en el Centro histórico y distritos colindantes, disminuyendo de forma paulatina a medida que se alejan de la "Almendra Central".

24. Sobre tales premisas y anticipando el rechazo al planteamiento de la recurrente, no se antojan las medidas alternativas que propone como adecuadas o útiles al fin perseguido. Ni una "intervención vía precios" (no se introduce mayor precisión) ni el establecimiento de una tasa por alojamiento parecen mecanismos idóneos para conciliar los intereses en conflicto o para servir a la finalidad de interés público que se ha configurado como prevalente.

En este punto debe resaltarse que la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020 (C-724/18 y C-727/18) -a la que viene haciéndose referencia- atribuye al "Juez nacional" comprobar si, "a la luz de todos los elementos de que dispone", la facultad que actúa "proporciona una respuesta efectiva a una escasez de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración, constatada en los territorios de que se trata" [§ 87]. Para ello -se apunta- "son particularmente pertinentes estudios u otros análisis objetivos" que evidencien que tal medida "permite a las autoridades locales dar respuesta a una situación en la que la demanda de viviendas con uso residencial en condiciones económicas asequibles se satisface con dificultad debido, en particular, al desarrollo del arrendamiento de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuado de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo" [§ 88]. Y, en definitiva, debe ser el órgano jurisdiccional nacional el que se cerciore de que la medida adoptada "no solo [es] adecuada a la situación del mercado de alquiler de los municipios afectados, sino también compatible con el ejercicio de la actividad de arrendamiento de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuada de forma reiterada y por breves períodos de tiempo" [§ 89].

La proyección de estas pautas al caso examinado lleva a la Sala a concluir que las limitaciones que el Plan Especial dispone constituyen medidas no discriminatorias (en tanto que afectan a las diferentes modalidades de hospedaje), proporcionadas (al no vislumbrarse ninguna otra opción que permita razonablemente conciliar los intereses en conflicto y se presume como eficaz) y que desde luego responden a la necesaria defensa del derecho a la vivienda y del entorno urbano. Tal derecho justifica el mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 47 de la Constitución y se traduce la obligación de éstos de formular y desarrollar, "en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia" que posibiliten "el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente" [artículo 3.3 a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRSU)].

Y es que no debe dejar de destacarse precisamente la relación que se observa entre la función social de la propiedad privada a la que se alude en el artículo 33.2 de la Constitución y la obligación de los poderes públicos de promover la "utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación" plasmada en el artículo 47 de la Carta Magna. Aspectos éstos que resultan absolutamente preteridos en el Informe económico aportado con la contestación a la demanda y elaborado por la Subdirección de Análisis Económico del Departamento de Promoción de la Competencia del organismo recurrente. No en vano se contempla en éste el inmueble residencial desde una perspectiva exclusiva de activo económico, elemento esencial de un "modelo de negocio" que despierta interés solo en tanto que ordenado a la prestación de servicios turísticos. Aun cuando resulta comprensible que el regulador centre su atención en los aspectos relacionados con las funciones que tiene asignadas en virtud de su ley de creación -Ley 3/2013, de 4 de junio-, también lo es que el Consistorio atienda a los diferentes intereses públicos en conflicto, efectuando la pertinente ponderación y que en este caso se revela como acertada.

OCTAVO.- Régimen del uso terciario en la clase de hospedaje en lo concerniente a las condiciones de implantación en parte de la edificación [artículos 6.2.A.2.a), ii), iii); 6.2.B.2.a), ii), iii); 6.2.B.3.c); 6.2.C.2.a), ii) y 6.2.C.3.b) PEH].

25. El cuarto motivo impugnatorio combate tales apartados del artículo 6 PEH en el entendimiento de que constituirían, cuando se trata de la implantación del uso terciario en la clase de hospedaje en parte de la edificación, una "barrera insalvable de acceso al mercado" para el 95% de las VUT afectadas por el Plan



Especial. Afirma que ello contravendría el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución así como a la libre prestación de servicios consagrada en la Directiva de servicios. Califica de injustificada la prohibición o limitación de implantación de alojamientos turísticos en determinadas plantas de los edificios en los anillos 1 y 2 cuyo uso existente sea residencial, o también la demanda de acceso independiente para todas las modalidades de hospedaje que se implanten en parte de los edificios que tengan un uso residencial existente.

26. Centrándose la impugnación en la implantación en parte de la edificación, cabe recordar que el artículo 6 PEH sobre tal particular exige, de una parte, que en los edificios con uso cualificado residencial ubicados en los Anillos 1 y 2 se cuente con acceso independiente. Además, la implantación del uso terciario en la clase de hospedaje habrá de situarse en planta inferior a la baja, baja y primera cuando el nivel de usos sea A y B. Cuando el nivel de usos sea C y D se podrá implantar en cualquier situación del edificio.

De otra, cuando el edificio con uso cualificado residencial se encuentre en el Anillo 3, el uso terciario en la clase de hospedaje habrá de contar con acceso independiente en aquellos casos en los que no se admite la implantación de otras clases del uso de servicios terciarios. Si el uso existente es distinto del residencial cabe la implantación en cualquier situación y sin acceso independiente, excepto en la Norma Zonal 8 y Colonias Históricas.

27. Lo primero que debe observarse es la notable analogía de las medidas que el PEH incorpora con aquellas que establecía el ya citado Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 25/1/18 por el que se aprobó definitivamente la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. Tal modificación fue avalada -ya se ha expuesto- por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 2ª) en Sentencia Nº 292/2019, de 11 de junio (rec. 565/2018), confirmada en casación por la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) Nº 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019).

En efecto, en aquél caso, el planificador municipal vasco, además de calificar las VUT dentro el uso 3, de equipamiento, limitaba su implantación como uso complementario en viviendas colectivas -cuando compartían acceso y núcleo de comunicación con las viviendas de uso residencial- a una planta que había de ser la más baja de las destinadas a vivienda [artículo 6.3.24.2]. De esta forma, posibilitaba su implantación en planta baja sin acceso independiente [artículo 6.3.37.3.e)], en planta primera sin acceso independiente [artículo 6.3.37.3.b)], y en plantas altas si tienen acceso independiente y se sitúan por debajo de las plantas destinadas a uso de vivienda [artículo 6.3.37.3.d)]. Asimismo, se permite en planta primera que cuente con acceso independiente o que la planta baja esté comunicada con la primera [artículo 6.3.37.3.a)] o en planta primera de los edificios anteriores a la entrada en vigor del PGOU en 1995 que no tenga acceso independiente o no esté comunicada con la planta baja [artículo 6.3.37.3.c)].

El análisis de tales determinaciones urbanísticas desde la perspectiva del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio llevó al Tribunal Supremo a reputar acertada la conclusión de la Sala de instancia ya en cuanto a la diferenciación entre el uso residencial y el de equipamiento, ya a propósito de la necesaria adopción de medidas que salvaguarden el primero frente a la generalización del segundo en determinados ámbitos de la ciudad de Bilbao.

28. Pues bien, sin perjuicio de que las circunstancias en cada Municipio son distintas -por más que el fenómeno al que se trata de dar respuesta resulte análogo-, concluye esta Sala -parafraseando la citada Sentencia de la Sala Tercera- que nos encontramos también aquí ante " *una decisión adoptada por la Administración que mejor conoce la ciudad*", debidamente justificada en la Memoria que precede al Acuerdo adoptado y sustentado en Informes que describen los ámbitos especialmente afectados, la tipología de alojamientos que se están imponiendo en cada uno de ellos o las perniciosas consecuencias para el uso residencial que todo ello viene deparando.

Debe enfatizarse que realidad notablemente distinta a tal uso residencial, en tanto que dirigido a proporcionar alojamiento permanente a las personas, es la representada por el hospedaje, encaminado al alojamiento meramente temporal. Es evidente que ambos recaen sobre una misma realidad física, viviendas y edificios. Pero también lo es que la incidencia negativa que el uso terciario puede tener en el disfrute del residencial justifica las limitaciones a su emplazamiento.

De la distinta naturaleza de uno y otro uso viene dando cuenta ya esta Sala (Sección 2ª) desde hace casi una década [por todas, pueden citarse las Sentencias Nº 1509/2012, de 25 de octubre de 2012 (rec. 345/2011) o Nº 70/2013, de 23 de enero de 2013 (rec. 610/2011) pero también la más reciente Nº 490/2019, de 3 de julio (rec. 265/2019)]. Así, se razona en la segunda de ellas que " *la actividad de viviendas vacacionales es una modalidad de explotación turística extra- hotelera que, por su propia naturaleza, se incardina dentro del suelo de uso residencial o de vivienda, por cuanto es de pura evidencia que ni existen ni pueden existir viviendas de*

ningún tipo en suelo terciario [...] Ocurre sin embargo que el uso que pretende no es residencial sino terciario y por lo tanto no está amparado por la licencia de primera ocupación siendo precisa una licencia que cambie el uso urbanístico y así el artículo 155 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid [...] [F.D. 3º].

29. Teniendo en cuenta tan lógico deslinde conceptual y continuando con el razonamiento, lo que el PEH materializa es una nueva regulación de usos compatibles y autorizables con el objetivo de proteger el uso residencial frente a la implantación del uso terciario en su clase de hospedaje. Ello se efectúa sin que se vea alterada la tipología de usos (artículo 7.2.2 de las NN.UU.) o el régimen de interrelación de los mismos (artículo 7.2.3 de las NN.UU.). Y se hace, además, sirviéndose de dos instrumentos que ya figuran en el propio PGOUM:

-De una parte, la condición de planta o posición del uso terciario en el edificio. A tal efecto, dentro del " Régimen de los Usos" y para el supuesto de " Diferentes usos en un mismo edificio", el artículo 7.1.4.4 de las NN.UU. establece que " cuando el régimen de usos compatibles admita usos distintos al residencial, excluidos los asociados, en situaciones de plantas inferiores a la baja, primera y plantas de piso, para su admisión, ya sea, como nueva implantación o cambio de uso, clase, categoría, o tipo, los locales deberán tener acceso independiente desde el exterior o estarán unidos a locales de uso distinto al residencial situados en planta baja. En ningún caso se admitirán usos terciarios recreativos ni de comercio sobre viviendas. Las clases de uso de oficinas y de otros servicios terciarios de atención sanitaria a las personas en situaciones de plantas inferiores a la baja, baja y primera, podrán utilizar el mismo acceso de los edificios residenciales donde se ubiquen".

-De otra, el acceso independiente, toda vez que ya el artículo 6.9.3.3 de las NN.UU. preveía que " cuando así se determine en las normas de uso o de zona, se exigirá acceso independiente para los usos distintos al residencial, en edificios con este uso principal".

NOVENO.- A propósito de los requerimientos medioambientales básicos de los PECUAU relativos a las VUT, la exigencia de visado profesional en los planos que debe incluir el proyecto de la VUT (artículo 8.1 apartado 1º guión último).

30. El último de los preceptos que se recurren por el organismo regulador es el artículo 8.1 en el particular contenido en su apartado 1º guión último. Afirma que establece la obligación de aportar un plano de la VUT con visado colegial para obtener la autorización de implantación y que al hacerlo infringe los principios de necesidad y proporcionalidad. Ello en tanto que tal exigencia aparecería circunscrita a los supuestos tasados que contempla el RVCO, siendo así que la Sala Tercera (Sección 3ª) en Sentencia Nº 1741/2018, de 10 de diciembre (rec. 2347/2016), ya anuló el inciso " visado por el colegio profesional correspondiente" del artículo 17,1 DATVUTM.

31. En efecto, el artículo 8.1 PEH se ocupa de las " Medidas protectoras y correctoras para reducir o eliminar efectos ambientales negativos". Señala que " el Plan Especial parte con la finalidad de regular una situación, la del uso de los servicios terciarios en la clase hospedaje, que está produciendo importantes presiones en algunas zonas de la Ciudad, de las que se derivan impactos sociales, económicos y ambientales negativos [...] El Plan Especial de Hospedaje (PEH) establece una serie de condiciones para la implantación de un uso diferente del calificado en un edificio completo, indicando que:

La implantación de un uso diferente del calificado en un edificio completo, se admite en régimen de interrelación de uso ALTERNATIVO, mediante licencia directa, o AUTORIZABLE, mediante Plan Especial. Ese plan especial puede atender solamente al impacto del uso en el entorno (título 5: PECUAUs), o también al impacto de las obras, necesarias para la implantación del uso, en el propio edificio (artículo 4.3.8-7: edificios protegidos)".

Ya en relación con los " requerimientos medioambientales básicos de los PECUAU relativos a las VUT", el artículo 8.1 establece que " los aspectos ambientales básicos que podrán orientar los contenidos de los PECUAU relativos a las VUT (como tipología de menores dimensiones, magnitud e importancia), serán los siguientes:

1. Descripción del proyecto:

-Instalación/ampliación/modificación. -Ubicación en el inmueble.

-Norma zonal donde se localiza.

-Superficie total (m2). -Espacios que incluye, distribución y planos (firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente".

32. Como advierte la demandante, la Sentencia de la Sala Tercera Nº 1741/2018, de 10 de diciembre (rec. 2347/2016), anuló los apartados 1º y 5º del artículo 17 DATVUTM. Ello en lo concerniente a la referencia que se incluía de " visado por el colegio profesional correspondiente".



Sentaba el Tribunal Supremo que resulta conforme a derecho exigir a los titulares de las viviendas turísticas que dispongan de un plano de las mismas firmado por técnico competente pues la protección de los consumidores y usuarios del servicio turístico puede entenderse como un motivo de interés general que justifique la intervención administrativa y la limitación establecida por la Administración. Sin embargo, concluyó que constituía una exigencia que no superaba el test de necesidad y proporcionalidad la obligatoriedad de que dicho plano cuente con el visado colegial [F.D. 2º].

33. La disposición reglamentaria en la materia, el citado Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, trae causa de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incluyendo la reforma de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP). A este respecto, el artículo 13 LCP regula el contenido del visado y la responsabilidad del colegio profesional derivada del ejercicio de su función de visado. Configura el visado como un instrumento voluntario si bien otorga al Gobierno la potestad de establecer los trabajos profesionales que exigirán visado obligatorio atendiendo a la necesaria existencia de una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas y previendo entonces la acreditación de que el visado es el medio de control más proporcionado.

Se determinan en el Real Decreto los trabajos profesionales que, por quedar acreditada su necesidad y proporcionalidad entre otras alternativas posibles, obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libertad de elección del cliente. Basta la lectura de los distintos " *trabajos profesionales*" relacionados en el artículo 2 RVCO para inferir que en todos ellos ha quedado acreditada tanto la necesidad de que esté sometido obligatoriamente al visado colegial (por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas) como su proporcionalidad (por resultar el visado el medio de control más proporcionado, teniendo en cuenta los distintos instrumentos de control posibles). Se trata, entre otros, de trabajos de demolición, voladuras, proyectos técnicos de establecimiento, traslado y modificación sustancial de una fábrica de explosivos.

34. Huelga decir que las VUT o los trabajos profesionales que en torno a las mismas puedan desarrollarse no son susceptibles de ser residenciados en ninguno de los supuestos de visado obligatorio del artículo 2 RVCO. Tampoco cabe atender las tesis que postulan demandada y codemandada al entender que el artículo 8.1.1 guión último no introduce la exigencia de tal visado en supuestos distintos de los contemplados en el citado artículo 2 RVCO.

De la redacción dada al precepto impugnado se desprende que en la descripción del proyecto, además de contenerse las determinaciones que se indican, se habrán de incluir los planos y que éstos no solo habrán de estar firmados por técnico competente sino también visados por el colegio profesional correspondiente. Solo de esta forma puede interpretarse el inciso final en cuestión, siendo así que ni se contempla una remisión explícita a la normativa específica reguladora de la exigencia de visados colegiales ni se exceptiona en supuesto alguno que los planos de la VUT hayan de contar con tal visado.

Así las cosas, en coherencia con la anulación por el Tribunal Supremo de idéntica exigencia recogida en los apartados 1º y 5º del artículo 17 DATVUTM por no superar el test de necesidad y proporcionalidad, debe estimarse en este caso el recurso contencioso-administrativo exclusivamente en el particular relativo a la impugnación del artículo 8.1 apartado 1º guión último, declarándose la nulidad del inciso final " *visado por el colegio profesional correspondiente*".

DÉCIMO.- Costas procesales.

35. El artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece que " *en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*". Y el apartado 3º del mismo precepto indica que " *la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*". En este caso, la estimación parcial del recurso conlleva la no imposición de costas a ninguna de las partes.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 27/3/19 [por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-



Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera] y, en consecuencia, declaramos la nulidad del inciso final " visado por el colegio profesional correspondiente" contenido en el artículo 8.1 apartado 1º guión último. Ello con desestimación de la demanda en lo demás y sin imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-93-1236-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-1236-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER Dña. MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO Dña. MARÍA PRENDES VALLE

VOTO PARTICULAR

que formulan los Magistrados don Francisco Javier Canabal Conejos y don José Arturo Fernández García a la sentencia dictada en el recurso ordinario número **1236/2019**.

Con el máximo respeto a la sentencia mayoritaria recaída en el recurso ordinario número **1236/2019**, aceptando los antecedentes fácticos de la sentencia y los fundamentos en que se recogen las posiciones de las partes, formulamos voto particular discrepante en cuanto que, previamente a la decisión de fondo, entendemos que, en aplicación del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala debió dar trámite de alegaciones a las partes a fin de que pudieran formular alegaciones en relación con:

a.- la posible infracción de los artículos 35.1, 37.1, 37.4, 38.1, 42.6, 50.2, 67 y 69 de la LSCM; artículos 1.1.3, 1.4.1.1, 7.1.1, 7.2.3 de las NNUU del PGOUM de 1997; y, artículos 19.1, b) y 25 del Reglamento de Planeamiento; infracción del principio de seguridad jurídica en relación con los precedentes administrativos y judiciales;

b.- la posible infracción de los artículos 22.5 TRLSRU y 77.2 g) RP en relación a la ausencia de un estudio económico-financiero y del artículo 22.4 TRLSRU por la falta de emisión de un informe o memoria de sostenibilidad económica.

PRIMERO.- Respecto de la primera de las cuestiones, vamos a fijar nuestra posición sobre tres argumentos esenciales que servirán de premisa a la conclusión final que no será otra que la de entender que el Plan Especial no resulta un instrumento urbanístico idóneo para realizar la alteración de usos que contiene.

a.- *El Plan General*.

Entendemos, y así hemos denominado este primer apartado, que resulta fundamental, para una mejor comprensión de nuestra posición, acudir al PGOUM pues solo de dicha manera se puede delimitar si el Plan Especial impugnado cumple con lo determinado en el artículo 51.1 de la LSCM.

Basta una simple lectura rápida de la Memoria del PGOUM para percatarse que el territorio no se divide en anillos. La estructura de la ciudad de Madrid, tal y como está reflejada en el Plan General, resulta mucho más compleja que lo parece desprenderse del Plan Especial y así se reconoce en su Memoria, apartado 12.3.2, cuando se señala, en relación con el modelo urbano, " *Teniendo en cuenta el alcance del presente PEH, debido a su dimensión y escala en relación a la ciudad, el diseño de su ordenación urbanística ha partido de los siguientes principios básicos* ". No vamos a diferir el repaso en relación con toda la ordenación, resulta innecesaria la exhaustividad, y nos limitaremos, al ser el objeto del Plan Especial, a los usos.



Ya en el Capítulo 10.3 de la Memoria se señala que "los usos, intensidades y su distribución tanto en el espacio como en su grado y concentración, *caracterizan a cada zona o ámbito de la ciudad*", se destaca que "incorpora una gama de usos cualificados y un sistema de usos compatibles para cada ámbito o zona de la ciudad, más flexible que la actual, para conseguir ese enriquecimiento deseado de la mezcla de usos" y, llega, incluso, a delimitar espacial y estructuralmente los usos en cinco grandes áreas dentro del término municipal de Madrid (el Casco Antiguo, el Centro Histórico, el resto de la Almendra, la Corona Urbana entre la M-30 y la M-40 y las áreas periféricas formadas por los ámbitos exteriores a la M-40).

Esa definición de los usos, estructurante, está en el Plan General delimitada a través de su ordenación, recogida en el Capítulo V de la Memoria en el que se señala "que constituye una pieza básica en la determinación del régimen jurídico-urbanístico del territorio" y siendo los Planos Generales "los que definen a grandes rasgos los elementos fundamentales de la estructura urbana" a los que se añaden "los Planos de Ordenación en los que se detalla el régimen urbanístico de cada parcela, a través de la división del territorio en ámbitos de regulación diferenciada, la calificación directa en el caso de usos dotacional, la fijación de líneas de acción y la distribución de norma zonales" (vid. art. 1.1.3 de las NNUU). La ordenación resulta, en palabras del Plan, diferente según el ámbito.

Sigamos, el Plano de Ordenación detalla la clasificación y establece la estructura normativa adscribiendo las parcelas a normas zonales, con sus grados y niveles, pero siempre atendiendo a su ámbito concreto. Además, en dicho Plano se recogen, en lo que ahora nos interesa: a) las Áreas de Planeamiento incorporado, que cuentan con sus fichas individuales que particularizan su régimen normativo concreto; b) las Áreas de Planeamiento Específico, que también cuentan con sus fichas individuales que particularizan su régimen normativo concreto y la ordenación que se propone; y, c) las Áreas de Planeamiento Remitido, pendientes de desarrollo. Así, por ejemplo, el APE 00.01, del Centro Histórico, contiene diferentes APEs y APRs con diferentes determinaciones estructurantes, pues diferentes han sido las intenciones del planificador para su desarrollo o modificación, que han conllevado, a su vez, una regulación pormenorizada y específica de los usos en función de sus correspondientes fichas y, ello sin perjuicio de las normas específicas del propio APE. Otro ejemplo, lo encontramos en las Colonias Históricas respecto de las cuales el Plan Especial dentro del Distrito 5, según los planos gráficos que acompaña, incluye al APE 05.19 "Colonia El Viso" que cuenta con ordenación propia. Es cierto que la Memoria del Plan Especial, Capítulo 5, hace mención a dichas figuras pero si se observa su contenido se verá cómo se limita a reflejar someramente su alcance y situarlas en los diferentes planos, no se analiza, en ningún caso, la incidencia estructural de dichas figuras. Lo esencial de la Memoria, a los efectos que estamos desarrollando, está en su apartado 7 que recoge la estrategia de descentralización del uso de hospedaje "en su ámbito y en el conjunto de la ciudad" y del que se extrae que el Plan Especial está modificando el modelo de ciudad lo que se corrobora en el análisis comparativo del planeamiento vigente con el propuesto cabiendo destacar que la propia Memoria llega a referir su acción como estructura en relación con la teoría urbanística de las supermanzanas. No se limita a pormenorizar sino que estructura y basta reproducir los siguientes párrafos:

"La regulación propuesta por este PEH introduce dos nuevos parámetros para pormenorizar aún más las condiciones de implantación del uso de hospedaje:

El primero de ellos son los anillos en los que se pormenoriza el ámbito de este PEH. Estos anillos presentan comportamientos relativamente homogéneos, tanto en su regulación vigente como en la presión sobre el uso residencial. Presentan también diferencias entre uno y otro anillo, incluso un mismo nivel de uso asume diferentes papeles en la estructura urbana del anillo en que se ubica:

En el Anillo 1 (distrito Centro), los niveles C (naranja) y D (rojo) tienden a delimitar esas supermanzanas, dejando en su interior un tejido secundario formado por calles de coexistencia o movilidad limitada y parcelas reguladas por el nivel A (beige) y excepcionalmente el B (verde).

En Anillo 2 (resto del Centro Histórico), ese nivel B participa de la delimitación de las supermanzanas, como en Arganzuela o Retiro. En otras ocasiones, ese nivel B ocupa masivamente el tejido interior en zonas de terciarización muy avanzada, como la zona sur de Salamanca".

Posteriormente viene a establecer, como segundo parámetro, la pormenorización aplicable a dichos anillos mediante la condición del uso.

O bien, cuando indica " Se evidencia la necesidad de evitar áreas urbanas en los que se acumula una alta cantidad de población flotante alojada temporalmente en establecimientos de hospedaje sobre barrios con espacios públicos limitados y conjuntos edificatorios altamente densificados, y de regular la presión de la vivienda de uso turístico sobre el parque de vivienda existente, con un control adecuado que evite desestabilizar el equilibrio funcional urbano".

Según el artículo 1.4.1.1 de las NNUU sus artículos se dividen en dos niveles: los de Nivel 1 que se corresponde con aquellos cuya naturaleza y alcance son propios del planeamiento general y los de Nivel 2, que se corresponde con aquellos cuya naturaleza y alcance son propios del planeamiento de desarrollo. Dentro del primero de los niveles se encuentra el artículo 7.1.1 que recoge el objeto de las determinaciones generales de los usos y, entre ellos, la asignación de los usos según el destino urbanístico de los terrenos y por eso el artículo 7.1.2 atiende a cada área según su zona. Es por ello, como primer avance de nuestra posición, que el citado artículo 1.1.4 establece que "A efectos de su tramitación, y de acuerdo con el apartado 1, las modificaciones de los artículos a los que se les concede el nivel 1 (N1), seguirán las reglas propias establecidas para las modificaciones del planeamiento general", cuestión a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

Si acudimos al Plan Especial, la delimitación del área de ordenación objeto del Plan Especial está grafiada en el plano "Ámbito de aplicación" de la Documentación Gráfica (artículo 1.2). Se dibujan al efecto tres anillos concéntricos que abarcan el Distrito Centro (Anillo 1), determinados barrios de los Distritos de Chamberí, Chamartín, Salamanca, Retiro y Arganzuela (Anillo 2) así como otros tantos de los Distritos de Tetuán, Chamartín, Salamanca, Retiro, Arganzuela, Usera, Carabanchel, Latina y Moncloa-Aravaca (Anillo 3) (artículo 1.3).

La disparidad de los "ámbitos" de aplicación ya anuncia una alteración de la ordenación estructurada del Plan General. Curiosamente, la Memoria del Plan Especial solo dedica referencias normativas al marco normativo aplicable pero cabe destacar que la base del mismo se sitúa en los artículos 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y 3 de la LSCM que aluden a los fines de la ordenación urbanística pero sin tener en cuenta que esa nueva ordenación puede afectar, como así ha sucedido, a la estructura del Plan General que servía de cobertura a los diferentes usos de cada ámbito del Suelo urbano tal y como reflejamos anteriormente y ello pese a que en el Apartado 10 de la Memoria intenta justificar "la sostenibilidad del modelo de utilización del territorio y desarrollo urbano adoptado" a través de un Informe de impacto socioeconómico que se analizará posteriormente en el segundo Fundamento de este voto, del que basta con su lectura para percatarse del real alcance de lo que no quiere llamarse alteración sustancial del modelo territorial.

Es más, resulta paradójico que se pueda sostener la idoneidad del instrumento elegido cuando el propio informe jurídico emitido en el trámite de alegaciones señala que "la delimitación de los anillos es una determinación de carácter sustancial del PEH. Los planes urbanísticos tienen vocación de permanencia en el tiempo y tienen vigencia indefinida tal y como recoge el artículo 66.2 de la LSCM. Sin perjuicio de lo anterior, la potestad de planeamiento no es rígida, la propia LSCM establece los mecanismos de modificación (artículo 67.1) y de revisión (artículo 68.5) del planeamiento" y denomina ámbitos a los anillos propuestos.

b.- *Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.*

El artículo 35.1 de la LSCM establece que " *Son determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística aquellas mediante las cuales se define el modelo de ocupación, utilización y preservación del suelo objeto del planeamiento general, así como los elementos fundamentales de la estructura urbana y territorial y de su desarrollo futuro*". En concreto, su número apartado c) señala como tal " *La división del suelo en áreas homogéneas, ámbitos de actuación o sectores, con el señalamiento para cada uno de sus criterios y condiciones básicas de ordenación: Usos globales, áreas de reparto, edificabilidades y aprovechamientos urbanísticos*".

La definición de las áreas homogéneas se contiene en el artículo 37.1 de la misma norma en el que se expresa que " *La totalidad del suelo urbano de un término municipal deberá dividirse en áreas homogéneas, siendo cada una de ellas la pieza de referencia respecto a la cual se señalan las condiciones de la ordenación estructurante. Las áreas homogéneas del suelo urbano deberán delimitarse atendiendo a criterios de homogeneidad tipológica y funcional en sí mismas y respecto al conjunto del núcleo urbano y el territorio municipal. Respetando tales criterios, se justificará que, en la medida de lo posible, cada área homogénea de suelo urbano coincida en la mayor parte de su extensión con barrios o unidades tradicionales de la ciudad consolidada, y que sus límites sean elementos estructurantes de la ordenación urbanística. Sobre estas divisiones de suelo se aplicarán las zonas urbanísticas de ordenación pormenorizada u Ordenanzas, establecidas en el artículo 40*".

Como señalamos en nuestra Sentencia de 28 de marzo de 2019 (rec. 1873/2015) "conforme a la Ley Autonómica la totalidad del suelo urbano ha de ser dividido por el planeamiento general en áreas homogéneas, siendo cada una de ellas la pieza de referencia respecto a la cual se señalan las condiciones de la ordenación estructurante. Las áreas homogéneas del suelo urbano deberán delimitarse atendiendo a criterios de homogeneidad tipológica y funcional en sí mismas y respecto al conjunto del núcleo urbano y el territorio municipal. Sobre estas divisiones de suelo se aplican las zonas urbanísticas de ordenación pormenorizada u Ordenanzas (véase el art. 37 de la Ley 9/2001). Y dentro de las áreas homogéneas se delimitan los ámbitos de actuación en suelo urbano no consolidado que procedan, pudiendo constituir todo el área homogénea un único ámbito (art. 37.1, inciso segundo). Tanto las áreas homogéneas como los ámbitos de actuación (también



los sectores en que se divide el urbanizable) son delimitaciones de suelo respecto de los que se señalan las condiciones de la ordenación estructurante e igualmente espacios de referencia para el desarrollo de la ordenación pormenorizada (art. 37.3)".

Si como referimos en el punto anterior, en el Capítulo 10.3 de la Memoria se señalaba que los usos, intensidades y su distribución tanto en el espacio como en su grado y concentración, caracterizan a cada zona o ámbito de la ciudad y que dichos espacios incorporan una gama de usos cualificados y un sistema de usos compatibles para cada ámbito o zona de la ciudad, más flexible que la actual, para conseguir ese enriquecimiento deseado de la mezcla de usos, resulta evidente que el Plan General estructuraba, en este caso, los usos en función de cada zona y ámbito y lo hacía tras un previo análisis estructural de la ciudad y sus necesidades, la razón y alma de la idea de ciudad que queda plasmada en dicha Memoria y, precisamente, ello es lo que obvia el Plan Especial.

Aún cuando nos podamos desviar algo de la cuestión, todas estas cuestiones están soslayadas en el instrumento impugnado y ello es así porque lo entiende innecesario, erróneamente, dado que, como señala, solo "regula condiciones de admisibilidad de los distintos usos pormenorizados" cuando lo cierto es que al regular dichas condiciones está modificando el uso global de cada área homogénea olvidando que en cada zona o ámbito en que se estructura el territorio los usos se clasifican, en palabras de artículo 7.2.3 de las NNUU, según el nivel de afección y consecuente caracterización de las diversas zonas en que se estructura el territorio ordenado por el Plan General. La cuestión no es que el Plan Especial tenga o no un delimitado espacio territorial sino que el Plan Especial altera la ordenación estructurante del Plan General con la finalidad de modificar la ordenación pormenorizada de un uso.

Volviendo a la LSCM, su artículo 37.4 expresa que " *La división del suelo en áreas homogéneas, ámbitos y sectores se complementará obligatoriamente con las siguientes determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística:*

a) *Señalando, respecto a cada una de las áreas homogéneas, ámbitos y sectores, el uso global y el coeficiente de edificabilidad o aprovechamiento unitario que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la presente Ley*".

En primer lugar debemos tener en cuenta que el PGOUM de 1997 no dividió el suelo urbano en áreas homogéneas en los términos del artículo 37 de la LSCM ni consta que dicho Plan se haya adaptado a la LSCM pero ello no impide que, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la LSCM, las determinaciones estructurantes que ésta define le sean de aplicación. Por su parte, la Disposición Transitoria Tercera de la LSCM, en su punto 5, permite que la adaptación pueda limitarse a la clasificación y, en su caso, calificación del suelo, determinación de los coeficientes de edificabilidad, aprovechamientos urbanísticos unitarios, usos globales y delimitación de áreas homogéneas, ámbitos de actuación o sectores para el desarrollo urbanístico, así como fijación de los requisitos y condiciones de dicho desarrollo. Por lo tanto cabe que a través de una Modificación se delimiten nuevas Áreas Homogéneas que deberán reunir los requisitos del artículo 37 de la LSCM y por ello deberán quedar delimitada atendiendo a criterios de homogeneidad tipológica y funcional para, posteriormente, establecer sobre ellas las correspondientes determinaciones estructurantes.

El artículo 38.1 de la LSCM es claro en su expresión al indicar que " *sobre cada área homogénea, ámbito de suelo urbano y sector de suelo urbanizable deberá establecerse, con el carácter de determinación estructurante de la ordenación urbanística, el uso global, de forma que se caracterice sintéticamente el destino conjunto del correspondiente suelo*" y ello en el entendimiento de que el uso global constituye el destino funcional que el planeamiento urbanístico le atribuye en relación al conjunto del término municipal. Por ello, la LSCM, en su artículo 38.5, sin distinción de suelo asume la prevención de su número anterior de poder considerar con el carácter de determinaciones estructurantes, condiciones específicas a aquellas, tales como la prohibición de usos concretos o parámetros cualitativos o cuantitativos para la admisibilidad de otro que, en realidad, es lo que previene el artículo 1.4.1.1 de las NNUU puesto en relación con el artículo 7.1.1 de las mismas.

El Plan Especial formalmente constituye tres áreas homogéneas a los efectos de la pormenorización del uso terciario en la modalidad de hospedaje y lo hace tanto sin haberse adaptado a la ordenación del Plan General como incumpliendo el propio artículo 37 de la LSCM y lo hace olvidando que el régimen de usos se determina en función de la caracterización del ámbito o zona, o área en palabras de la Ley, y que los usos globales, que son todos aquellos que se permiten en cada zona según se desprende de los artículos 19.1, b) y 25 del Reglamento de Planeamiento, son reflejo de la ordenación que el planificador ha querido para cada una de esas estructurales territoriales en las que se ha dividido el territorio.

De conformidad con el artículo 42.6 de la LSCM, el Plan General, en su contenido sustantivo, está obligado a dividir todo el suelo urbano en áreas homogéneas en las que, como determinación estructurante, ha de señalar el uso global (42.6 apartado a) así como la totalidad de las determinaciones de ordenación pormenorizada

necesarias para legitimar la ejecución de los actos e intervenciones pero éstas siempre en relación con las áreas pues no se puede disociar el uso global de su concreta delimitación de ordenación.

Por lo tanto, dado el carácter estructurante del uso global como de la delimitación del área homogénea, su modificación, que podría ser sustancial, solo resultaría posible en los términos del artículo 67.1 de la LSCM.

c.- Principio de seguridad jurídica.

El desarrollo argumental hasta aquí concretado tiene sus precedentes, tanto administrativos como judiciales, que no deben soslayarse so quiebra del citado principio de seguridad jurídica.

c.1. Precedentes administrativos.

Respecto de los primeros, conviene volver a la Memoria del Plan Especial y, en concreto, a su punto 4.5 relativo al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Plan General de 23 de enero de 2018. No siendo objeto de debate el alcance de dicho Acuerdo, si conviene dejar dicho que el mismo aludía a la necesidad de concretar la modificación de la normativa urbanística vigente en la materia al objeto de incluir en la misma los aspectos de carácter territorial, ambiental y urbanístico no contemplados en la normativa sectorial. Es un anuncio lógico del alcance de la modificación que se preveía y ello resultaba lógico con la posición mantenida en asuntos semejantes según veremos a continuación.

1.- Con la vigencia de la LSCM.

El propio planificador ya determinó, vigente la LSCM, que el instrumento adecuado para realizar una modificación semejante era el concretado, en el supuesto que vamos a referir, en el artículo 69 de la LSCM. Se trataba de la Resolución de 5 de mayo de 2005, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública la Orden por la que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid relativa al régimen de uso terciario en la Norma Zonal 1.

En dicha Modificación se proponía modificar el articulado de las Normas Urbanísticas correspondiente al régimen de usos compatibles y autorizables de la Norma Zonal 1: Protección del patrimonio histórico, con uso cualificado residencial, en lo que respecta al nivel D de usos del artículo 8.1.30, "Usos compatibles", de manera que no se admita como alternativo la implantación del uso terciario en edificio exclusivo cuando ya tuvieran licencia concedida autorizando el 50 por 100 de su superficie para este uso. Para ello se proponía la modificación del artículo 8.1.30 de las Normas Urbanísticas que fija los "usos compatibles", esto es, supeditados al cualificado, residencial, en los que la norma es bastante restrictiva, suprimiendo todas las referencias en el apartado 4, nivel D, todas las referencias al epígrafe a) "Uso alternativo", letra i), terciario.

Más determinante resulta la Resolución de 1 de agosto de 2007, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid relativa a la implantación de distintas modalidades de alojamiento temporal, diferentes de hotel, en parcelas de uso cualificado industrial o industrial en coexistencia con terciario de oficinas (BOCM nº 29, de 4 de febrero de 2008).

Esta Modificación, tenía un objeto semejante al del Plan Especial ya que se aprobó con la finalidad de evitar la implantación encubierta del uso residencial en estas zonas, incongruente con el modelo de desarrollo industrial y de actividades económicas que contemplaba el Plan General en dichos ámbitos, caracterizados por la ausencia del uso residencial, que únicamente estaba tolerado como uso asociado con la limitación de una vivienda por parcela.

Igualmente, por Resolución de 7 de febrero de 2002, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se hace pública Orden relativa a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, en el ámbito del API 21.13 "Centro Integrado de Barajas", en la avenida General y calles Nuestra Señora de Araceli, Los Feriantes y Ayerbe, promovido por el Ayuntamiento de Madrid (BOCM nº 41, de 18 de febrero) que consistía en ampliar el régimen de usos establecido por el Plan General de 1985 y el Estudio de Detalle, y asumido en su integridad por el PGOU-97, sobre el ámbito de la parcela A de dicho Estudio de Detalle. En concreto, se proponía permitir además del uso comercial, la implantación en régimen de edificio exclusivo, de cualquier uso de Servicios Terciarios de los contemplados en el artículo 7.6.1 de las Normas Urbanísticas del Plan General.

Otro ejemplo lo tenemos en la Resolución de 29 de abril de 2004, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública Orden relativa a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, consistente en la regulación de usos compatibles en el área de planeamiento específico APE 05.09 "Colonia Ciudad Jardín-Alfonso XIII-Municipal" (BOCM nº 122, de 24 de mayo). La Modificación pretendía ajustar la normativa



urbanística relativa a los usos compatibles de los edificios regulados por la configuración de usos "CE", y que está asignada a las áreas y fincas remitidas a la norma zonal 3, grado 1, del APE 05.09 "Colonia Ciudad Jardín-Alfonso XIII-Municipal", a la normativa general contemplada para estos usos en la misma norma zonal de otras áreas de la ciudad.

Se puede añadir la Resolución de 29 de enero de 2007, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública la Orden 30/2007, por la que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa a la implantación del uso terciario en su clase de comercial como uso complementario en los ejes terciarios definidos en el Plan General (BOCM nº 58, de 13 de febrero).

2.- Con anterioridad a la vigencia de la LSCM

Que el planificador entendió que la Modificación del régimen de usos exigía el mismo trámite que el de la Modificación del Plan General ya se concretó, incluso, con anterioridad a la entrada en vigor de la LSCM. Ejemplo de ello lo tenemos en el Acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de 23 de marzo de 2000 por el que se aprobó la Modificación puntual del PGOUM relativa al régimen de usos complementarios dentro de la Norma Zonal 6 y de los ámbitos de los APEs de los cascos históricos periféricos, al amparo de la Ley 9/1995, de 28 de marzo (BOCM nº 115, de 16 de mayo). Ese mismo día se aprobó por el Pleno la Modificación puntual del PGOUM relativa al régimen de usos autorizables dentro del ámbito del APE del Centro Histórico (BOCM nº 86, de 11 de abril)

Otro ejemplo lo encontramos en la Resolución de 15 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se hace pública Orden relativa a la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, relativa al artículo 7.6.1.2. c) ii) de las Normas Urbanísticas (BOCM nº 285, de 30 de noviembre).

Dicha Modificación tenía por objeto el objeto permitir la implantación de actividades de esteticista y similares en la modalidad de despacho profesional doméstico y se consideró oportuno modificar puntualmente las determinaciones del artículo 7.6.1.2.c) ii) de las Normas Urbanísticas, añadiendo la categoría de uso de Servicios Higiénicos Personales, donde resultan encuadrables estas actividades, entre los usos de "otros servicios terciarios", admisibles en estos espacios.

Resulta interesante esta Modificación dado que la misma tuvo lugar conforme a lo establecido en los artículos 14 y siguientes del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Decreto 2159/1978, de 23 de junio, y en cuanto a su tramitación se ajusta a lo establecido en el artículo 49.1 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y ello por aplicación de la Disposición Transitoria Tercera, punto 2, de la LSCM.

También lo encontramos en la Resolución de 6 de febrero de 2001, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se hace pública Orden relativa a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, consistente en la inclusión de las Normas Urbanísticas de las condiciones de regulación urbanística del uso dotacional de servicios públicos en su categoría de tanatorios de titularidad privada (BOCM nº 44, de 21 de febrero). En este caso, la Modificación Puntual propuesta se materializa en la nueva redacción de los artículos 7.11.1, 7.11.5, 7.13.2 y 5.2.7 de las Normas Urbanísticas.

Creemos que este breve análisis de precedentes administrativos sirve para dejar constancia la vinculación del artículo 1.1.4 de las NNUU en relación con el procedimiento que se ha utilizado inveteradamente para articular modificaciones de uso por parte del Ayuntamiento.

c.2. Precedentes judiciales.

Este apartado no resultaría completo si no hiciéramos, al menos, referencia a la Sentencia dictada por la Sección Primera el 6 de abril de 2006 (rec. 1113/2000) en relación con la cuestión objeto de análisis.

La Sentencia parte de la definición del problema expresando que "no estriba en determinar si estamos en presencia o no de un instrumento de desarrollo, porque de lo que se trata es de una alteración masiva (y no singular para una determinada zona) del régimen del uso hotelero"; analiza la asignación de niveles de planeamiento general y de desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, señalando que fue condicionado por el Consejero de Gobierno de Madrid, en el acuerdo de aprobación del Plan General de 17 de abril de 1997, del modo siguiente: deberá adoptarse la asignación de Niveles (N1 y N2), contenidos en el articulado de las Normas Urbanísticas, adecuándolas a lo que son determinaciones propias del Plan General y determinaciones propias de planeamiento de desarrollo, con carácter previo a cualquier modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1 de la Ley 9/95 en



relación con los artículos 19 a 36 del Reglamento de Planeamiento; asume que, además de las Normas Zonales que se ven afectadas por las modificaciones de artículos, también se ven afectadas las Áreas de Planeamiento Específico, que se basan en dichas Normas Zonales y en las Áreas de Planeamiento Remitido, en las que su desarrollo proponga estos usos; analiza el alcance de los Planes Especiales expresando que no pueden sustituir a los planes en cuanto instrumentos de ordenación integral del territorio, o, dicho en otras palabras, su capacidad innovativa habría de entenderse referida, como hemos dicho más arriba, a actuaciones aisladas y no a operaciones integrales, como ha sido el caso, puesto que el número de ordenanzas zonales alteradas supone la revisión global del uso hotelero; y, termina expresando que, por razón de su materia y afectación a competencias de la Comunidad está debía ser oída.

Igualmente, se ha de hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2010 (cas. 4069/2006) que confirma la de la Sección señalando, entre otros motivos, que " *No ha habido, por tanto, vulneración por la Sala sentenciadora del principio de autonomía municipal ni tampoco del resto de principios invocados en este primer motivo de casación, pues el Ayuntamiento recurrente carece de atribuciones para aprobar definitivamente un instrumento de ordenación que implique una revisión global del uso hotelero, previsto en el Plan General de Ordenación Urbana*". Y que " *La ordenación del uso de hospedaje tiene, como la propia representación procesal del Ayuntamiento reconoce, una proyección turística evidente, lo que impide redefinirlo sin el concurso de la Administración autonómica competente en la materia, de modo que no sólo por el carácter de ordenación integral que supone la revisión global del uso hotelero sino por su clara proyección turística no cabe ordenarlo sin la participación de la Comunidad Autónoma, no sólo por razones de legalidad sino también por el carácter supralocal de ese interés turístico comprometido, razón por la que la Sala de instancia no ha infringido la doctrina jurisprudencial invocada en este segundo motivo de casación; antes bien, quien la conculcó abiertamente por su modo de proceder, al aprobar definitivamente un planeamiento sin atribuciones para ello, fue precisamente el Ayuntamiento recurrente*".

En suma, los criterios que allí se fijaron y que fueron confirmados en casación se corresponden con los que en este voto particular se han ido expresando si bien, dado el alcance del recurso, plasmando normativamente las razones que llevan a la conclusión al inicio anticipada.

d.- Conclusión

Los planes especiales son instrumentos urbanísticos regulados por primera vez en la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana (BOE de 14 de mayo de 1956), en cuyo preámbulo los situaba frente a los planes territoriales y referidos singularmente a un aspecto de la ordenación, como la protección del paisaje, las vías de comunicación, la conservación del medio rural, el saneamiento de poblaciones o cualesquiera otras finalidades análogas.

Este carácter autónomo de dichos instrumentos sin embargo supuso en la práctica su utilización mucho más allá de esa específica función que le atribuía la ley de atender sólo a una materia concreta y esencial, frente a los objetivos de los planes territoriales que sí atendían a todos los extremos de la ordenación urbana del territorio.

Incluso esta extralimitación ya aparece denunciada, en análisis de los textos de 1956 y 1976, en unos apuntes de la Cátedra de García de Enterría publicados en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Apuntes de Derecho Administrativo 2º, Madrid 1977-78, Lección 2ª, El Planeamiento Urbanístico, por Santiago Muñoz Machado), cuando se indica textualmente (páginas 235 y 236): "Frente a la muchas corruptelas que se dieron al amparo de la regulación que contenía la ley de 1956 de los planes especiales (que proliferaron, por su mayor flexibilidad y facilidad de su aprobación para ordenar sectores o núcleos enteros, suplantando las funciones de los verdaderos planes territoriales), la ley de Reforma de 1975 intentó reforzar su vinculación al planeamiento general; en este sentido, el artículo 17.1 prescribe que los Planes especiales se formarán "en desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales, en los Planes Directores Territoriales de Coordinación o en las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento".

Tomás Ramón Fernández, en su "Manual de Derecho Urbanístico" (Publicaciones Abella, El Consultor Madrid 1980), indicaba en línea similar (página 59): "Esta misma "especialidad" propició en el pasado el abuso de estos planes, que en muchos casos se utilizaron con absoluta desconexión del planeamiento territorial o, incluso, como verdaderas alternativas de éste, lo cual es obviamente disfuncional y contribuye a enturbiar la cadena de planeamiento y a desvirtuar lo que constituye el contenido propio de todo Plan Especial.

Como en otros muchos puntos, la LS ha querido también en éste, corregir estas desviaciones, para la cual ha tratado de reforzar, subrayándola, la necesidad de la inserción de los Planes Especiales en el planeamiento territorial. No hay pues en principio (vid. sin embargo, el artículo 77-3 del RPP) posibilidad de producir Planes Especiales sin un Plan territorial previo(...) del que se presentan como instrumento de desarrollo, precisión ésta con la que el legislador quiere aclarar su naturaleza subordinada con respecto a aquél y el lugar que, en función de ello, les corresponde en la cadena. El artículo 17 de la LS es concluyente al respecto cuando

señala que " en desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales, en los Planes Directores Territoriales de Coordinación o en las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento deberán redactarse, si fuere necesario, Planes Especiales para la ordenación de recintos y conjuntos artísticos, protección del paisaje y de las vías de comunicación, conservación del medio rural en determinados lugares, reforma interior, saneamiento de poblaciones y cualesquiera otras finalidades análogas, sin que en ningún caso puedan sustituir a los Planes Generales Municipales como instrumentos de ordenación integral del territorio". EL RP insiste en la misma línea precisando con carácter general en su artículo 76 el alcance de su función tanto En desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Directores Territoriales de Coordinación como en caso de ausencia de dicho instrumento.

Aclarado esto, que es lo esencial, tiene ya menor interés la descripción de su contenido, que, como es lógico, varía en función de los objetivos concretos que puedan serles encomendados. Sí conviene destacar, no obstante, que siendo, como son, instrumentos de desarrollo del planeamiento general municipal o supramunicipal, su nivel operativo concreto tiende a asemejarse al de los Planes Parciales. Por eso, el artículo 76.2 RP precisa que puede procederse a su formulación " sin necesidad de previa aprobación del Plan Parcial", indicando el artículo 77.3 que el grado de precisión de su documentación " tendrá el grado de precisión adecuado a sus fines, y aquélla será igual a la de los Planes Parciales cuando sean de reforma interior, salvo que alguno de los documentos de éste sea innecesario por no guardar relación con la reforma". (vid. También el artículo 84.1RP).

Como punto final a este relato histórico, resaltar que el preámbulo de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM) destaca que los planes especiales se destinan al desarrollo de las redes públicas en cualquiera de las clases de suelo y a actuaciones en suelo urbano en relación con el patrimonio histórico-artístico. En su artículo 34, en la línea ya instaurada por el texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, sitúa a los planes especiales como planes de desarrollo, en segundo lugar y tras los planes parciales.

Este antecedente era de necesaria exposición para la conclusión expuesta de este voto discrepante, de que en ningún caso nuestro ordenamiento jurídico urbanístico ampara que un plan de desarrollo sobre una materia concreta y esencial como es un Plan Especial pueda regular en al menos un 8% de la ciudad un nuevo y concreto uso, en este caso el de las viviendas de uso turístico, extendiéndose a los que define como tres anillos del territorio de aquella no previstos en el PGOUM, entre sí dispares, y en tanto determinación estructurante como arriba se dijo. Y ello con las consecuencias expuestas de afectar de forma evidente a toda una ordenación territorial a la que legalmente ese instrumento no puede extenderse en su regulación y que recuerda la extralimitación acaecida desde el origen de esta figura, motivada esencialmente porque su tramitación es menos compleja y sin necesidad de que intervengan otros órganos urbanísticos que sí se exigen legalmente en la tramitación de esos instrumentos de ordenación territorial de jerarquía superior.

A estos efectos, conviene recordar que ya el Tribunal Constitucional, baste como reflejo su Sentencia de 2 de julio de 1998 (STC 149/1998), elaboró una consolidada doctrina jurisprudencial en relación con el concepto de "ordenación del territorio" en la que se ha destacado que el referido título competencial "tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial" (SSTC 77/1984, fundamento jurídico 2º; 149/1991, fundamento jurídico 1º B)]. Señala dicha Sentencia que "dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo (SSTC 36/1994, fundamento jurídico 3º; 28/1997, fundamento jurídico 5º). Sin embargo, también ha advertido, desde la perspectiva competencial, que dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial (SSTC 36/1994, fundamento jurídico 3º; 61/1997, fundamento jurídico 16; 40/1998, fundamento jurídico 30). Aunque hemos precisado igualmente que la ordenación del territorio es en nuestro sistema constitucional un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, actuaciones por otros títulos; ordenación del territorio que ha de llevar a cabo el ente titular de tal competencia, sin que de ésta no se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio (SSTC 149/1991, fundamento jurídico 1º B]; 40/1998, fundamento jurídico 30).

La multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio requiere la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación, pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del



territorio, de manera que el competente en esta materia, al ejercer su actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial (SSTC 149/1991, fundamento jurídico 1º B]; 36/1994 , fundamento jurídico 3º).

(...)

En suma, la actividad de planificación de los usos del suelo, así como la aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial se insertan en el ámbito material de la competencia sobre ordenación del territorio, cuyo titular deberá ejercerla sin menoscabar los ámbitos de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 C.E. que afecten al territorio, teniendo en cuenta los actos realizados en su ejercicio y respetando los condicionamientos que se deriven de los mismos (STC 36/1994, fundamento jurídico 2º).

Más recientemente, la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2017 (STC 143/2017) señaló que "El urbanismo, entendido como sector material susceptible de atribución competencial, "alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico" [SSTC 61/1997 FJ 6 a); y 170/2012, de 4 de octubre, FJ 12], lo que permite a las Comunidades Autónomas "fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas" (STC 164/2001 , FJ 4. En este sentido, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades -tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores- y en la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas [SSTC 61/1997, FJ 6 a); 170/2012, FJ 12, y 141/2014 , FJ 5 A)].

En concreto, en esta última citada STC 61/1997, de 20 de marzo, se afirma que "El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo" [FJ 6 a)].

En suma, dicha doctrina resume que "el mandato de ordenación integral de los desarrollos urbanísticos, concretado en la doble función de definición de la estructura general y localización de los espacios libres, equipamientos e infraestructuras necesarias, se incardina con naturalidad dentro de las competencias ejercidas por el Parlamento de Cantabria con la aprobación de la Ley del plan de ordenación del litoral pues sirve a la fijación de los usos del suelo y al equilibrio entre las distintas partes del territorio -lo que nos sitúa en el ámbito de la ordenación del territorio-, al tiempo que proporciona al planificador urbanístico municipal, sin limitar desproporcionadamente su libertad de configuración del desarrollo urbanístico, técnicas e instrumentos que reputa idóneos para ese desarrollo -vertiente que nos conduce a la competencia sobre urbanismo".

Sabido es que la Comunidad de Madrid ostenta competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 26.1.4 EAM), así como en materia de procedimiento administrativo (art. 26.1.3 EAM) y fomento del desarrollo económico (art. 26.1.17 EAM), además de la de desarrollo legislativo en materia de protección del medio ambiente (art. 27.7 EAM) y, por afectar al litigio, en materia de turismo (art. 26.1.21) dichas competencias se articulan a través de la correspondiente iniciativa y posterior desarrollo legislativo y que, en lo que ahora nos atañe, tiene su reflejo, entre otras, en las vigentes leyes 9/2001 y 2/2002 y sus modificaciones posteriores y sin perjuicio de la aplicación estatal y comunitaria en la materia que esta regula, así como toda la normativa regulatoria en materia de vivienda (Ley 1/1999, Ley 6/1997, Ley 4/2012, Ley 9/2015 Decreto 74/2009, Decreto 11/2005, Decreto 52/2016, etc...) y ello, sin perjuicio, de las elaboradas en relación con la actividad económica con incidencia tanto pública como privada.

El entendimiento de dicha competencia debe vincularse, necesariamente, con el principio de autonomía local, reconocido en los artículos 137 y 140 de la Constitución, al que se ha referido con profusión nuestro Tribunal Constitucional y que ha de tener un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el "... derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias" (STC 240/2006, de 20 de julio , que recoge lo declarado en las anteriores SsTC 32/1981 y 40/1998). Noción ya acogida, en términos similares, por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por España a través de Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018 (casación 1804/2017) estamos "ante "un concepto jurídico de contenido legal" que se concreta en una garantía institucional de los elementos primarios o fundamentales, es decir, del núcleo esencial del autogobierno de los entes públicos territoriales de ámbito local, que debe necesariamente ser respetado por el legislador para que dichas Administraciones sean



reconocibles como entes dotados de autogobierno. Respeto igualmente exigible a las demás Administraciones en la aplicación de las leyes y en las relaciones con los entes locales, de conformidad con la interpretación realizada por la doctrina del Tribunal Constitucional".

Es cierto, como han indicado las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2104 (casación 3872/2012) y 15 de noviembre de 2012 (casación 3162/2010), que "La potestad de alteración del planeamiento tiene por finalidad adaptar el contenido de los planes a las necesidades, cambiantes, del interés general y no es una potestad exclusivamente autonómica, como parece entender la Administración recurrente, sino compartida con los Ayuntamientos, pues, con independencia de que la aprobación definitiva del planeamiento general -en el que se contienen las líneas esenciales y estructurantes del modelo territorial- es competencia autonómica, no puede olvidarse que el urbanismo ha sido y es esencialmente una competencia municipal y que, incluso, tratándose de planeamiento general la intervención de los Ayuntamientos es trascendente, intensa y esencial..." pero ello implica que debe, imperativamente, configurarse en un sistema de complicidad de intereses legales que han de respetarse.

Lo anterior supone que si la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo el urbanismo un asunto de interés de los municipios y sobre el cual, por tanto, extienden éstos sus competencias (véase a tales efectos la STC 240 /2006 en relación con lo declarado en la STC 40/1998), dicha autonomía se enmarca dentro un ámbito en el que pueden confluir intereses de diferente naturaleza, de distinta intensidad y de diferente ámbito territorial y es cuando dichos intereses públicos incumbidos rebasan el ámbito puramente local y cuando debe existir un control por parte de otras administraciones implicadas en la correspondiente ordenación.

Ese control es el que se ha obviado en el Plan Especial y solo se podría haber producido si el instrumento hubiera sido el adecuado. En suma, de conformidad con el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015 el Plan Especial debió declararse nulo de pleno derecho.

SEGUNDO.- Aún cuando no fue objeto del recurso, entendemos que, en aplicación del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala también debió dar trámite de alegaciones a las partes a fin de que pudieran formular alegaciones en relación con la posible infracción de los artículos 22.5 TRLSRU y 77.2 g) RP en relación a la ausencia de un estudio económico-financiero y del artículo 22.4 TRLSRU por la falta de emisión de un informe o memoria de sostenibilidad económica.

Simplemente recordaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de febrero de 2018, cas. 3174/2016; 29 de septiembre de 2011, cas. 1238/08; 16 de febrero de 2011, cas. 1210/2007; y, 17 de diciembre de 2009, cas. 4762/2005) que señala que "la exigencia del estudio económico financiero es inconcusa en las leyes urbanísticas, que lo imponen en toda clase de instrumentos de planeamiento. También, hemos señalado que el alcance y especificidad del estudio económico financiero es distinto en función del instrumento de planeamiento de que se trate, siendo más genérico en el caso de instrumentos de ordenación general —papel que desempeñan las Normas Subsidiarias— mientras que los Planes Parciales y Especiales ha de concretar con mayor grado de precisión los medios o recursos de los que se dispone y realizar una singularizada adscripción de los mismos a la ejecución de la ordenación prevista".

Nada dice la Memoria, apartado 10 relativo a las garantías de sostenibilidad de la propuesta, en relación con la innecesaridad de dichos informes y se sustituye por un documento denominado "impacto socioeconómico" de las viviendas de uso turístico en la actividad económica.

Resulta extraño el silencio del documento y que pueda sostenerse que, conforme a su alcance, no sería preciso pues sucede todo lo contrario y para llegar a dicha conclusión basta con una lectura pausada del informe relativo a las alegaciones e informes formulados en el periodo de información pública, página 18, en el que se hace mención a la aprobación de un nuevo programa temporal de personal funcionario interino para la regularización de los alojamientos turísticos. Se trata de un programa de refuerzo, de seis meses de duración, que se inició el 23 de julio de 2018 y finalizó el 22 de enero de 2019, que permitió facilitar los medios humanos necesarios, integrado por 10 Arquitectos/as Superiores, 4 Técnicos/as de Gestión (rama jurídica) y 8 Auxiliares administrativos/as, para acometer las actuaciones de las que se da cuenta en dicho informe (todas ellas derivadas de expedientes de restauración de la legalidad) al que siguió un nuevo Programa aprobado por el Gerente de la Ciudad y que está previsto su inicio el 1 de febrero de 2019, con una duración anual prorrogable hasta un máximo de tres años, y que permite el nombramiento de 22 funcionarios interinos con el mismo perfil y especialidad que los establecidos para el anterior programa: 10 Arquitectos/as Superiores, 4 Técnicos/as de Gestión (rama jurídica) y 8 Auxiliares administrativos/as. Parece pues, que dicha contratación exige un presupuesto y supone un gasto por lo que debería haber sido objeto de análisis en el correspondiente documento.



Pero es más, el artículo 22.5 TRLSRU exige la elaboración de una memoria que asegure la viabilidad económica, en términos de rentabilidad, de la ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano. El problema del Plan Especial que está ordenando urbanísticamente una actividad cuya regulación material excede de sus competencias. Conforme a los artículos 1 y 6 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Comunidad de Madrid, la ordenación y planificación de la actividad turística corresponde a la Comunidad de Madrid y dicha competencia se ejecuta a través de los instrumentos de planificación, promoción y fomento (art. 37). Según se indica en el Preámbulo de dicha Ley el sector turístico representa uno de los exponentes diferenciales de la economía de la Comunidad de Madrid y tal es así que la norma se dictó "por la necesidad de solventar disfunciones y lagunas que por su importante incidencia en la actividad económica sectorial venían siendo reclamadas a la Administración prácticamente desde su entrada en vigor y que incidían en aspectos fundamentales como la planificación, la ordenación de las infraestructuras que conforman la oferta turística básica, el reconocimiento de segmentos de actividad esenciales para el desarrollo turístico de la región, como el turismo rural, la incidencia en la actividad turística de las distintas administraciones y agentes implicados...".

El Plan Especial, como plan de ordenación del uso hostelero según se define, regula un uso directamente relacionado con dicha competencia por lo que incide claramente sobre la actividad económica lo que determinaría la necesidad de ese análisis de viabilidad económica de la ordenación realizado por quien, efectivamente, tiene la competencia. En realidad, lo que viene hacer, en su denominado informe de "impacto socioeconómico", es un ofrecer una particular agrupación de datos exentos de corroboración documental de los organismos afectados pero que no viene a configurar el real alcance económico de la distribución del uso en cuestión.

En suma, entendemos que la inexistencia de dichos informes tendría que haber sido puesta de manifiesto a las partes como motivo de nulidad del Plan Especial impugnado.

Por todos los razonamientos expuestos, consideramos que, en primer lugar, debería haberse seguido el trámite del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción a los efectos ya señalados y, tras ello, que el fallo de la sentencia hubiera sido el de con estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto, declarar la nulidad del citado Plan Especial impugnado; sin expresa imposición de costas.

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA