

INFORME DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN RELACIÓN CON LA NEGATIVA A RECONOCER LA MAYORÍA DE EDAD COMO CONDICIÓN ESPECÍFICA DE ACCESO A ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS (UM/040/15).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 7 de julio de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la información de obstáculos o barreras a la unidad de mercado a la que se refiere el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) formulada por una asociación de empresarios hoteleros.

La reclamación se formuló al amparo del citado artículo 28 de la LGUM frente la interpretación de la Delegación Territorial de Málaga de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía, del artículo 36 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, según el cual no está permitido en esa Comunidad Autónoma la limitación de entrada a los establecimientos hoteleros de los menores de edad.

La entidad reclamante considera que esta limitación, que no se produce en otras comunidades autónomas, supone una barrera a la libre prestación de servicios.

En concreto, junto a la reclamación se acompaña la respuesta a la solicitud de información de la asociación de la Delegación Territorial de Málaga de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía, en la que se señala que la prohibición de acceso de los menores de edad a alojamientos turísticos constituiría una discriminación prohibida en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, así como el informe de la Secretaría General para el Turismo de la Junta de Andalucía, en el mismo sentido.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analiza:

1) El Régimen jurídico del derecho de admisión en los establecimientos hoteleros en Andalucía; 2) El supuesto carácter discriminatorio de las condiciones específicas de admisión a los alojamientos turísticos propuestas por la instante 3) El análisis desde la perspectiva de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

II.1) Régimen jurídico del derecho de admisión en los establecimientos hoteleros en Andalucía.

El artículo 36.1 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, prohíbe las restricciones de acceso a los establecimientos turísticos “por razones de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación” y se refiere a las condiciones de acceso y permanencia en los mismos en los siguientes términos:

Artículo 36. Acceso y permanencia en los establecimientos de alojamiento turísticos.

1. Los establecimientos turísticos tienen la consideración de públicos, sin que el acceso a los mismos pueda ser restringido por razones de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación.

2. El acceso y la permanencia en los establecimientos turísticos podrán condicionarse al cumplimiento de sus normas de régimen interior, que no podrán contravenir lo dispuesto en la presente Ley o su normativa de desarrollo. La existencia de dichas normas deberá anunciarse de forma visible en los lugares de acceso al establecimiento y darse a conocer a las personas usuarias de servicios turísticos.

3. Las personas titulares de los establecimientos podrán impedir la permanencia en los mismos de las personas usuarias que incumplan alguno de los deberes que establece el artículo 22 de esta Ley.

(...)

Por su parte, el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros, se refiere en su artículo 5 al acceso a los establecimientos hoteleros en los siguientes términos:

Artículo 5. Acceso a los establecimientos hoteleros.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 3.1, del presente Decreto, respecto a los servicios complementarios de uso público, los establecimientos hoteleros serán considerados, a todos los efectos, como establecimientos de uso público, siendo libre el acceso a los mismos, sin más restricciones que las derivadas de las leyes y los reglamentos.

2. La admisión o permanencia en los establecimientos hoteleros sólo podrá denegarse:

a) Por la falta de capacidad de alojamiento o de sus instalaciones.

b) Por incumplir los requisitos de admisión establecidos en su reglamento de régimen interior.

c) Por adoptar conductas que puedan producir peligro o molestias a otras personas o usuarios, o que dificulten el normal desarrollo de la actividad.

3. En ningún caso el acceso a los establecimientos hoteleros podrá ser restringido por razones de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Al tener los establecimientos hoteleros la condición de “establecimientos públicos”, sería también de aplicación el Derecho 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, dictado en desarrollo de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, cuyo artículo 7.2 prevé que:

2. Sin perjuicio de las específicas condiciones establecidas en la normativa reguladora de los juegos y apuestas, se podrán establecer por los titulares de establecimientos públicos condiciones objetivas de admisión.

Estas condiciones, que deberán ser aprobadas expresamente por los órganos de la Administración competentes para otorgar las preceptivas autorizaciones o licencias, en ningún caso podrán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española, suponer un trato discriminatorio o arbitrario para los usuarios o colocarlos en situaciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo con otros asistentes o espectadores.

A tal fin, las condiciones de admisión deberán figurar debidamente visadas y aprobadas, de forma fácilmente legible, en lugar visible a la entrada y, en su caso, en las taquillas y en todos los puntos de venta de entradas o localidades de los referidos establecimientos públicos. También deberán figurar las condiciones de admisión, de forma fácilmente legible, en la publicidad o propaganda del espectáculo o actividad recreativa de que se trate, así como en las localidades o entradas del mismo.

Por su parte, el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas se refiere al derecho de admisión y a las limitaciones al acceso y permanencia en los establecimientos públicos, entre las que se recoge el supuesto de que la persona que pretenda acceder al establecimiento no reúna las condiciones específicas de admisión establecidas por su titular siempre que éstas hayan sido aprobadas previamente por la Administración competente.

La específica regulación del derecho de admisión se contiene en el Capítulo II del Reglamento, donde se define como aquel derecho que asiste a todos los consumidores y usuarios para ser admitidos, con carácter general y en las mismas condiciones objetivas, en todos los establecimientos públicos que se

dediquen a la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, siempre que la capacidad del aforo lo permita y no concurra alguna de las causas de exclusión previstas en el Reglamento, pues prohíbe establecer condiciones específicas de admisión basadas en criterios arbitrarios de nacionalidad, racistas o sexistas, así como en cualquier otra condición dirigida a seleccionar clientelas en función de subjetivas apreciaciones sobre la apariencia física de las personas, en la discapacidad de las mismas o en otras prácticas similares

El artículo 6 del Reglamento incluye entre las condiciones específicas de admisión expresamente prohibidas:

- a) Las que puedan suponer discriminación o trato desigual de acceso al establecimiento **en función de la edad**, sexo, nacionalidad o raza de los asistentes, así como el establecimiento de precios diferenciados en función de tales circunstancias. (...).*
- b) Las que discriminatoriamente establezcan condiciones de admisión con base a la obtención previa de invitaciones o carnets expedidos por el titular del establecimiento público.*
- c) Las que supongan discriminación o trato desigual de las personas que pretendan acceder al establecimiento público basadas en juicios de valor sobre la apariencia estética de los asistentes que, en su caso, cumplan con las condiciones específicas de admisión autorizadas basadas en la etiqueta de ropa y calzado.*
- d) Las que supongan discriminación o trato desigual de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial.*
- e) Cualquier otra condición específica de admisión que no haya sido aprobada previamente por la Administración competente para ello.*

Por el contrario, las condiciones específicas de admisión deben incluirse entre la lista tasada a la que se refiere el artículo 7 del Reglamento:

- a) Las que establezcan una determinada etiqueta indumentaria y de calzado, siempre que ello no suponga la exigencia de marcas comerciales.*
- b) Las que impidan el acceso de personas acompañadas de animales, a excepción de las personas acompañadas de perros guías conforme establece la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales.*
- c) Las que impidan el acceso de personas que porten comidas o bebidas para ser consumidas en el interior de establecimientos de hostelería y esparcimiento.*

- d) Las que establezcan la prohibición de fumar en el interior del establecimiento.*
- e) Las que establezcan la prohibición de consumir bebidas o comidas en el interior del establecimiento.*
- f) Las que impidan el uso de cámaras fotográficas, videograbadoras o grabadoras de sonido en establecimientos autorizados para la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades culturales y sociales.*
- g) Las establecidas por los titulares de los establecimientos de hostelería y esparcimiento, que exijan la consumición de los bienes o servicios prestados por el propio establecimiento para utilizar sus instalaciones o elementos del mobiliario.*
- h) Las que impidan el acceso a menores de dieciocho años en discotecas, salas de fiesta y en pubs y bares con música*

Debe señalarse que el mencionado Reglamento ha sido desarrollado por la Orden de 11 de enero de 2008, por el que se desarrolla el Reglamento General de la Admisión de Personas en los establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en materia del procedimiento de autorización de las condiciones específicas de admisión y la publicidad de las mismas.

De lo anterior se deduce que la normativa aplicable, y en concreto el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, no permite el trato discriminatorio o desigual en lo que se refiere al acceso a establecimientos públicos en función de la edad, circunstancia que tampoco se incluye entre las posibles condiciones específicas de admisión. Por el contrario, las condiciones específicas de admisión están tasadas reglamentariamente y deben ser autorizadas expresamente a solicitud del establecimiento por la administración competente.

II.2) Supuesto carácter discriminatorio de las condiciones específicas de admisión a los alojamientos turísticos propuestas por la instante.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 69/1991, de 8 de abril, la edad es una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna. No obstante, la propia sentencia añade que

... La prohibición contenida en el artículo 14 de nuestra Constitución no puede ser entendida sin embargo de modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tomadas nunca en consideración por el autor de la norma o por quien la interpreta, cuando tales circunstancias son relevantes para la finalidad legítima, y en sí misma no discriminatoria, que la norma persigue. Por eso, ya en nuestra Sentencia de 12 de julio de 1988

(STC 144/1988) indicamos que el problema que la divergencia de interpretaciones plantea sólo puede ser traído ante nosotros cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la Ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores... se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes... «que no debieran serlo». Más precisamente y en relación ya con diferenciaciones basadas en la edad, el Tribunal, en una sentencia no unánime, ha considerado no contraria a la Constitución una norma que excluía del acceso a determinado puesto de trabajo a quienes excedieran de determinada edad (STC 75/1983) y, sin discrepancia alguna entre sus miembros, ha considerado legítima la diferenciación salarial conectada con la diferencia de edad cuando la edad es simplemente un signo de heterogeneidad en la naturaleza del trabajo, o en su valor (STC 31/1984). Lo decisivo es pues determinar si en el presente caso, cabe atribuir a la edad relevancia para la finalidad de la norma.

La Ley 13/2011 no justifica por qué la prohibición de discriminación en el acceso a los alojamientos turísticos es necesaria para satisfacer sus fines, aunque esa necesidad parece desprenderse de la exigencia constitucional.

Con carácter general, también debe señalarse que las limitaciones al derecho de admisión en establecimientos públicos se consideran ajustadas a la Constitución Española y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 73/1985, de 14 de junio, que reconoció que de este tipo de decisiones adoptadas por particulares, sobre la base de suposiciones fundadas, no cabe deducir una vulneración del principio constitucional de igualdad, ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada. Asimismo, afirma que *"no puede predicarse de los ciudadanos un derecho ilimitado de libre acceso"* a los casinos o establecimientos de análogas características (en el caso analizado). En la misma dirección apuntan algunas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de fecha 21 de abril de 1994.

Del mismo modo en la STC 25/1989, de 3 de febrero, se justifica la diferencia de tratamiento legal por motivos técnico-económicos sin recurrir al artículo 9.2 y argumentando únicamente en base al principio general de igualdad del artículo 14:

Como este Tribunal viene declarando reiteradamente (...) el principio de igualdad (del artículo 14) no prohíbe toda diferencia de trato; dicho principio sólo puede entenderse vulnerado cuando la desigualdad denunciada está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esta justificación ha de apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una razonable proporcionalidad entre medios y fines. Pues bien, las exigencias derivadas del mencionado principio (...) pueden concretarse en dos puntos: a) las medidas adoptadas, que originan la

desigualdad, han de estar en función del interés público sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección, y b) dichas medidas han de contar con un fundamento técnico-económico.

El art. 14 de la Constitución española contiene, por un lado, una cláusula general de igualdad, y por otro, un mandato tajante de no discriminación por razones específicas:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El principio general de igualdad “*es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico en todas sus ramas*” (STC 38/1986, de 21 de marzo) y como tal vincula al legislador y a quienes ejercen la potestad reglamentaria. Este principio constitucional opera, además, directamente como criterio de valoración de la licitud de la actuación de los poderes públicos.

Por el contrario, no es tan claro su alcance en lo que respecta al ámbito privado, es decir, si puede concebirse como un principio regulador de las relaciones sociales que podría invocar cualquier afectado por comportamientos supuestamente arbitrarios de un particular o una entidad privada.

La postura del Tribunal Constitucional es que, con carácter general, la Constitución no impone en las relaciones entre particulares la igualdad de trato, porque en esa esfera el valor a proteger es la autonomía privada como expresión de la libertad personal. Esa regla (el principio de igualdad en su dimensión positiva da derecho a un tratamiento igual y sólo vincula a los poderes públicos) admite algunas excepciones en el campo de las relaciones laborales, un terreno en el que la presencia del interés público es mayor. Por eso, el Tribunal no ha dudado a la hora de anular determinadas cláusulas incluidas en convenios colectivos por considerarlas incompatibles con el art. 14 CE.

Debe señalarse que la contratación de servicios de alojamiento turístico es una actividad entre dos sujetos privados, consideración que no desmerece la calificación como “establecimiento público” de los alojamientos hoteleros en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ha de tenerse en cuenta en este análisis que la igualdad que consagra el artículo 14 de la CE es igualdad “*ante la ley*”, por lo que no puede ser argüida su vulneración si esa infracción no se refiere a una norma legal que ha sido objeto de una aplicación diferenciadora o discriminatoria. El respecto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como ha

reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1989, de 8 de junio, en la que reconoce precisamente que la autonomía de los sujetos privados sí está limitada *“por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”*.

Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. El estándar de razonabilidad es, precisamente, lo que convierte un tratamiento desigual en discriminatorio.

Además, la noción de discriminación incluye un componente subjetivo que se suma al trato meramente no razonable. Este carácter vejatorio o *victimizador* de la medida, se pone de manifiesto al poder implicar el rechazo a un grupo social al que se le impide o dificulta el ejercicio de sus derechos (en este caso, el acceso a los establecimientos públicos turísticos). De esta manera, los miembros de ese grupo social son tratados de forma diferente por el mero hecho de pertenecer a él, lo que atenta contra su propia dignidad. En los supuestos discriminatorios, el motivo de la distinción es rechazado por el ordenamiento constitucional no solo por irrazonable, sino porque atenta contra sus propios fundamentos.

A juicio de la Junta de Andalucía, la reserva de determinados alojamientos turísticos a huéspedes mayores de edad supone una discriminación hacia ellos y hacia las personas que los acompañan, si bien no se justifica ese carácter discriminatorio más allá del trato desigual.

Ello supone, de entrada, extender la aplicación del principio de igualdad a relaciones privadas, algo que el Tribunal Constitucional no cuestiona, con determinadas cautelas que permiten compatibilizarlo con la libertad (la libertad de empresa, en este caso). Pero, además, con esta decisión, la administración autonómica considera que la limitación es arbitraria e injustificada, pues en caso contrario no sería discriminatoria.

Por el contrario, a juicio de esta Comisión, la limitación de los establecimientos hoteleros a personas mayores de edad es un servicio que el mercado turístico puede reclamar y, de hecho, reclama, como lo demuestra la experiencia de otras comunidades autónomas. Se trata de responder a una demanda creciente que busca servicios más afines a sus gustos y estilo de vida y sigue una tendencia a la especialización del sector con propuestas innovadoras.

Esta justificación razonable descarta el supuesto carácter discriminatorio de la limitación.

Pero, además, se ha de tener en cuenta que no se trata de una medida destinada a marginar a un colectivo vulnerable (en este caso, tan extenso como los menores de edad y los adultos que los acompañan) ni que refleje una intención de minusvalorar su valía como huéspedes o profundizar una situación existente de marginación real o efectiva de los menores de edad y de sus padres como consumidores de servicios turísticos.

Lejos de lo anterior, la restricción de acceso pretende satisfacer la legítima demanda de un colectivo de personas que no consideran deseable compartir alojamiento turístico con menores de edad. La segmentación de la oferta no es, por sí misma, discriminatoria, sino que puede incrementar la utilidad del consumidor e incentivar el ajuste de la oferta a la demanda.

La Junta de Andalucía interpreta que los anteriores preceptos suponen la prohibición de las limitaciones de acceso a los establecimientos hoteleros de menores de edad, pues aunque la edad no es uno de los motivos enumerados en la Ley 13/2011, constituiría una circunstancia personal o social y, además, el Reglamento General de la admisión de personas en los establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas, de aplicación a los establecimientos hoteleros, expresamente lo impediría.

II.3) Análisis a tenor de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

La reclamante indica en su escrito que, a su juicio, la interpretación de la Junta de Andalucía constituye un obstáculo para la libertad de mercado porque no puede competir con otros destinos turísticos que sí ofrecen ese tipo de servicios.

Las restricciones al negocio propuesto por la reclamante contenidas en la normativa andaluza, y de la interpretación que de las mismas hace la Junta de Andalucía, pueden suponer una limitación al ejercicio de una actividad económica y, en concreto, a la prestación de servicios de alojamiento turístico reservados a mayores de edad, en la medida en que la impiden. Es decir, la imposibilidad de obtener la autorización de condiciones específicas de admisión que incluyan como criterio la mayoría de edad de los huéspedes imposibilita la actividad económica consistente en el alojamiento turístico reservado a clientes de esa franja de edad.

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) dispone en su artículo 16 que *“el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados o convenios internacionales”*.

La limitación, en este caso, provendría de la imposibilidad de obtener la autorización de limitaciones al derecho de admisión como las pretendidas a la vista de la normativa de aplicación y de su interpretación, tal y como consta en el informe de la Secretaría General para el Turismo y de la respuesta de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio que se acompañan a la reclamación.

En el caso concreto analizado, la restricción no estaría justificada en una razón imperiosa de interés general, tal y como exige el artículo 5 de la LGUM, pues al no ser necesariamente discriminatoria, no atentaría contra el orden público constitucional.

El cuanto al principio de proporcionalidad, al que se refiere el artículo 5 de la LGUM, exige que el requisito impuesto por la Administración sea el “*menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”. En este sentido, con carácter general, la necesidad de que el Ayuntamiento competente apruebe de forma expresa las condiciones específicas de admisión de un establecimiento podría ser desproporcionada, en la medida en que dichas razones pueden salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o, incluso, una comunicación.

En lo que se refiere a su necesidad, podría estar justificada en motivos de orden público (evitar discriminaciones), siempre y cuando la diferenciación por edades a estos efectos pudiera ser considerada discriminatoria, según lo expuesto más arriba.

En efecto, entre las razones imperiosas de interés general que pueden motivar los límites al desarrollo de una actividad económica se encuentra el orden público. El concepto de “orden público constitucional” se identifica con el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de terceros. El Tribunal Constitucional ha reconocido en su sentencia STC 19/1985, de 13 de febrero, que se trata de un componente del concepto de orden público en un sentido amplio. El orden público constitucional abarca algo más: la situación de normalidad del funcionamiento de las relaciones sociales en atención a los principios y valores esenciales de la misma. En este sentido, podría entenderse el orden público como el mantenimiento o conservación del orden social y constitucional establecido.

Ahora bien, el orden público, al constituir una excepción al ejercicio de un derecho o libertad, debe interpretarse en sentido estricto, lo que supone una aplicación restrictiva y la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de fundamento a cualquier medida restrictiva.

III. CONCLUSIONES

1. A juicio de esta Comisión, y de conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 16 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la normativa que rige las condiciones en las que los establecimientos hoteleros pueden imponer condiciones específicas de admisión, no debe suponer una limitación al ejercicio de la actividad económica a la que se refiere la asociación instante.
2. La mayoría de edad de los huéspedes es una condición específica de admisión a los establecimientos hoteleros que no tiene por qué ser necesariamente discriminatoria, sino que responde a una estrategia razonable de segmentación de la oferta. Precisamente, esta justificación descarta el trato discriminatorio
3. La negativa a autorizar como una condición específica de admisión la mayoría de edad de los huéspedes constituye una barrera al ejercicio de una actividad económica que no está fundada en una razón imperiosa de interés general, y es desproporcionada.