

## NOTA MENSUAL ACTUACIONES UNIDAD DE MERCADO ENERO Y FEBRERO DE 2019

### ACTIVIDADES ECONÓMICAS

#### SERVICIOS PROFESIONALES

Expedientes: [UM/070/18](#) CONTRATACIÓN PÚBLICA ADIF

Tipo de Intervención: Art.27 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 POR EL QUE SE DECIDE NO INTERPONER UN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE AL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE DISPONER ÚNICAMENTE DE LA TITULACIÓN EN INGENIERÍA CIVIL PARA PODER DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES DE JEFE DE EQUIPO DE GEOTECNIA EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y EN LAS PRESCRIPCIONES TÉCNICAS DE LICITACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS PARA REDACCIÓN DE UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE TÚNEL FERROVIARIO.**

El día 21 de diciembre de 2018 tuvo entrada en la CNMC la solicitud de interposición de un recurso contencioso-administrativo del artículo 27 LGUM contra la exigencia, en la cláusula 3.3 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el apartado 8.1.1 de las prescripciones técnicas, de disponer únicamente de la titulación en ingeniería civil para poder desempeñar las funciones de jefe de equipo de geotecnia.

Los pliegos de cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas se refieren al anuncio de licitación por parte de ADIF de los servicios para la redacción del proyecto de construcción del túnel de penetración del ferrocarril en Gijón/Xixón, estaciones de Bibio y Viesques –obra civil-, anuncio publicado el 29 de octubre de 2018 (Número anuncio/expediente : [3.18/27507.0191](#)).

Anteriormente a la solicitud del artículo 27 LGUM, y en el marco del procedimiento previo de reclamación artículo 26 LGUM, la CNMC en su Informe [UM/064/18](#) de 12 de diciembre de 2018 ya había señalado que la restricción contenida en dichos pliegos resultaba contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM. En esta misma línea, la SECUM, en su Informe final [26/18031](#) de 13 de diciembre de 2018 había declarado que ADIF debía incluir a todos los profesionales capacitados para la elaboración de este tipo de trabajos, teniendo en cuenta las condiciones concretas del proyecto, en conjunción con la capacitación acreditada por las distintas titulaciones o acreditaciones.

Por todo ello, el día 16 de enero de 2019, el Pleno del Consejo de la CNMC acordó remitir a ADIF requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo del artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA).

Analizada la contestación recibida, no se considera procedente la presentación de recurso en este caso, dado que de la información aportada por ADIF en fecha 29 de enero de 2019 se desprende que dicho ente público ha interpretado la expresión “*o grado equivalente*” de los pliegos en sentido amplio, incorporando a todos los profesionales capacitados para la elaboración de este tipo de trabajos, en el sentido del Informe UM/064/18 de la CNMC de 12 de diciembre de 2018 y del Informe 26/18031 de la SECUM de 13 de diciembre de 2018, así como de

las Sentencias de la Audiencia Nacional recaídas en materia de “reservas profesionales” en fechas 10 de septiembre (recurso nº 16/2017), 31 de octubre (rec. nº 5/2017) y 28 de noviembre (rec.757/2015) de 2018.

En efecto, a partir del acta de la mesa de contratación y de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, se ha verificado que, además de ingenieros civiles, han sido admitidos como jefes del equipo de geotecnia a otros profesionales técnicos y, concretamente, a titulados en geología y en ingeniería de minas.

Asimismo, ADIF también se ha comprometido a que, en la redacción futura de sus pliegos, evitará expresiones que pudieran resultar contrarias a la LGUM.

## SERVICIOS PROFESIONALES

**Expedientes:** UM/001/19 ITES GRANADA

**Tipo de Intervención:** Art.27 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 DE REMITIR AL AYUNTAMIENTO DE GRANADA REQUERIMIENTO PREVIO DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LRJCA) CONTRA LOS DECRETOS DEL CONCEJAL DELEGADO DE URBANISMO, MEDIO AMBIENTE, SALUD Y CONSUMO DEL AYUNTAMIENTO DE GRANADA, DE 23 DE FEBRERO Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, POR LOS QUE SE DECLARA QUE UN INGENIERO DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS NO ES COMPETENTE PARA EMITIR INFORMES FAVORABLES DE INSPECCIONES TÉCNICAS DE EDIFICIOS.**

El día 14 de enero de 2018, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito por el que el colegio profesional de ingenieros de caminos, canales y puertos solicitaba la interposición de recurso-contencioso administrativo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado (LGUM) contra los Decretos de 23 de febrero de 2018 y 30 de noviembre de 2018 (expediente núm.13.985/2012) dictados por el Ayuntamiento de Granada.

De acuerdo con el colegio reclamante, los actos dictados por dicho municipio restringen indebidamente la competencia profesional para firmar Inspecciones Técnicas de Edificaciones (ITEs) y por ello serían contrarios a la LGUM, al preverse la exclusiva intervención de arquitectos o arquitectos técnicos.

A juicio de esta Comisión, la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, en los términos expresados por los Decretos del Ayuntamiento de Granada de 23 de febrero y 30 de noviembre de 2018, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

Sin embargo, ni las leyes autonómicas en vigor aplicables al caso (artículo 156 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía), ni la normativa municipal aplicable (artículo 23 de la Ordenanza reguladora del deber de conservación de los edificios en Granada de 2018, BOP nº 70 de 13.04. 2018), ni la normativa vigente sobre competencias técnicas y edificación (Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación) prevén expresamente esta restricción con relación a la elaboración de ITEs.

La restricción establecida solo podría justificarse por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en 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. Por ello, también debería haberse razonado su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

En todo caso, concurriendo una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la concreta capacitación y experiencia técnicas del profesional en cuestión.

No habiéndose acreditado, en este caso, la necesidad y, por lo tanto, no ser necesario el análisis relativo a la proporcionalidad de la restricción establecida por el Ayuntamiento de Granada, debe considerarse dicha restricción contraria a la LGUM, al limitar la concurrencia de profesionales cualificados en la elaboración de informes de evaluación de edificios.

La Audiencia Nacional en sus Sentencias de 10 de septiembre, 31 de octubre y 28 de noviembre de 2018 (recursos números 16/2017, 5/2017 y 757/2015) confirma la posición de la CNMC en materia de reserva profesional, especialmente con relación a ITEs. El Tribunal Supremo también ha aplicado estos mismos criterios de “libertad” (de ejercicio profesional) con “idoneidad o capacidad” (del profesional ejerciente) en sus Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).

En atención a las anteriores consideraciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la CNMC ha requerido al Ayuntamiento de Granada para que rectifique los citados actos.

## SERVICIOS PROFESIONALES

**Expedientes:** [UM/004/19](#) APAREJADORES CÓRDOBA

**Tipo de Intervención:** Art.28 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 POR EL QUE SE ACUERDA EMITIR EL INFORME, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LGUM, SOBRE LOS OBSTÁCULOS CAUSADOS POR EL CONTENIDO DE LA LICITACIÓN EFECTUADA POR LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN DE SERVICIOS DE REDACCIÓN DE PROYECTO, DIRECCIÓN DE OBRA Y EJECUCIÓN Y COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD PARA LA RENOVACIÓN DE ASEOS EN VARIOS CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (EXPEDIENTE 00143/ISE/2018/CO).**

El 21 de enero de 2019 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito de un colegio de aparejadores o arquitectos técnicos, en el marco del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), informando de los obstáculos causados por el contenido de la licitación efectuada por la Agencia Pública Andaluza de Educación de servicios de redacción de proyecto, dirección de obra y ejecución y coordinación de seguridad y salud para la renovación de aseos en varios centros educativos públicos de la provincia de Córdoba (expediente 00143/ISE/2018/CO).

De acuerdo con el Colegio reclamante, los proyectos de renovación de aseos podrían suscribirse por aparejadores o arquitectos técnicos, siendo la exigencia obligatoria de intervención de arquitectos, contenida en la Memoria Justificativa, contraria al artículo 5 LGUM.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28.2 de la LGUM. Tras analizar la cuestión planteada, se estima que los criterios contenidos en la licitación de la citada Agencia Pública Andaluza de Educación resultarían contrarios a los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, al considerar que:

- Con carácter general, la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, en este supuesto, para suscribir y dirigir proyectos de renovación y reforma de aseos de centros públicos educativos, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y el artículo 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Ni las leyes autonómicas en vigor aplicables al caso (Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía) ni la normativa vigente sobre competencias técnicas y edificación (Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación) prevén expresamente esta restricción, sino que plantean un escenario en el que, para determinar la competencia de los distintos profesionales, se habrá de considerar los usos de la edificación, el grado de la intervención y si, en su caso, se produce alteración de la configuración arquitectónica, todo ello atendiendo a la capacitación técnica y experiencia profesional necesaria.
- La restricción solo podría justificarse por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en 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. Para ello, debería razonarse su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.
- En todo caso, concurriendo una razón imperiosa de interés general, debería evitarse asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la concreta capacitación y experiencia técnicas del profesional en cuestión, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Supremo, que, entre otras, en sus sentencias de 3 de julio de 2002 (RC 1637/1997) y 11 de julio de 2011 (RC 6294/2009) ha reconocido la existencia, entre Arquitectos Superiores y Arquitectos Técnicos, de un ámbito de competencias concurrentes de proyección e intervención parcial de construcciones, sin reglas precisas ni claras de delimitación, dependiendo la competencia de esos profesionales de su capacidad técnica real para el desempeño de tales funciones proyectivas y ejecutivas de obras.

Por todo ello, el informe de la CNMC recomienda a la Agencia Pública Andaluza de Educación que, en los proyectos de reforma y renovación de aseos de los centros educativos públicos, permita la participación de todos los profesionales competentes y capacitados para suscribir dichos proyectos y no solamente los titulados en arquitectura superior.

## SERVICIOS PROFESIONALES

**Expedientes:** [UM/005/19](#) CONTRATACION ASTURIAS

**Tipo de Intervención:** Art.26 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 POR EL QUE SE EMITE EL INFORME, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LGUM, SOBRE LA RECLAMACIÓN DE UN COLEGIO DE INGENIEROS INDUSTRIALES CONTRA LA EXIGENCIA EN UNOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS DE DISPONER EXCLUSIVAMENTE DE LA TITULACIÓN DE INGENIERO DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS PARA REDACTAR UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA PASARELA PEATONAL EN LA DESEMBOCADURA DE UN RÍO (UM/005/19).**

El 29 de enero de 2019 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito de un colegio de ingenieros industriales, en el marco del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), por el que se presentó reclamación contra la exigencia en el Cuadro Resumen de

Características del Contrato, Apartado K del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de disponer de dos Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, para la redacción del proyecto de construcción de una pasarela peatonal en la desembocadura del Río Nalón entre los núcleos de San Juan de La Arena y San Esteban de Pravia (expediente:19/020/PU-SE). De acuerdo con el Colegio reclamante, esta exigencia supone la implícita exclusión de los ingenieros industriales y constituye una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

la SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26.5 de la LGUM.

La CNMC en su informe considera que, con carácter general, la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, en este supuesto, para suscribir y dirigir proyectos de pasarelas peatonales, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y el artículo 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En este caso, no consta fundamento legal que determine la exigencia y reserva de una titulación específica, en detrimento de otras. La restricción solo podría justificarse por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en 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. Para ello, debería razonarse su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

En todo caso, concurriendo una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la concreta capacitación y experiencia técnicas del profesional en cuestión, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional.

## JUEGO

**Expedientes:** [UM/006/19](#) MÁQUINAS AUXILIARES DE APUESTAS VALENCIA    **Tipo de Intervención:** Art.26 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 POR EL QUE SE ACUERDA EMITIR EL INFORME, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LGUM, SOBRE UNA RECLAMACIÓN RELATIVA A LA AUTORIZACIÓN DE INSTALACIÓN DE UNA MÁQUINA AUXILIAR DE APUESTAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA (UM/006/19).**

El 25 de enero de 2019 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la reclamación de un operador, en el marco del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa a barreras en la actividad de juego en la comunidad autónoma de Valencia. El reclamante denuncia que el 11 de octubre de 2018 solicitó una autorización de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería. La autorización fue denegada por resolución de 29 de noviembre de 2018 por faltar la firma de la empresa operadora de la máquina de tipo B del mismo local, requisito previsto en el artículo 38.5 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, de la Comunidad Valenciana, según el cual la solicitud de autorización debe ir firmada conjuntamente por la empresa operadora de apuestas, la empresa operadora de máquinas “tipo B” y el titular del negocio que se practique en el establecimiento. Es decir, la reclamación cuestiona la exigencia de que la instalación de una máquina auxiliar de apuestas deba efectuarse en un establecimiento que ya cuente con una máquina de tipo B y que la autorización precise la conformidad del explotador de dicha máquina de tipo B.

El informe de la CNMC analiza la legislación aplicable, y, como ya hizo en anteriores informes, considera que, dado que la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería exige la conformidad del titular de la máquina de tipo B que ya esté instalada en dicho local y que, al tratarse ambos casos de máquinas relativas a la actividad de juego y apuestas, las empresas que explotan ese tipo de máquinas son competidoras. Así las cosas, existe una vulneración del artículo 18.2.g) de la LGUM, según el cual serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen la intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones.

Además, la necesidad de dicha medida restrictiva de la libertad de establecimiento y ejercicio de la actividad de explotación de máquinas auxiliares de apuestas no parece justificada en ninguna razón imperiosa de interés general, siendo en todo caso desproporcionada, de modo que sería contraria asimismo a los artículos 5 y 17 de la LGUM.

## **TRANSPORTE PESADO**

**Expedientes:** [UM/002/19](#) AUTORIZACIÓN TRANSPORTE PESADO VALENCIA      **Tipo de Intervención:** Art.26 [LGUM](#)

**ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 13 DE FEBRERO DE 2019 POR EL QUE SE ACUERDA EMITIR EL INFORME, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LGUM, SOBRE UNA RECLAMACIÓN RELATIVA AL ACCESO A LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTISTA POR CARRETERA POR CUENTA PROPIA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE PESADO (UM/002/19).**

El 10 de enero de 2019 tuvo entrada en la SECUM una reclamación de un operador, presentada al amparo del art. 26 LGUM, relativa al acceso a la actividad de transportista por carretera por cuenta propia en el ámbito del transporte pesado. De la misma se ha dado traslado a la CNMC como punto de contacto.

El informe de la CNMC reitera lo expresado en actuaciones anteriores en materia de unidad de mercado (singularmente, asunto UM/012/15), a tenor de las cuales la exigencia de un número mínimo de 3 vehículos establecida en el artículo 19.1 Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, no cumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM y supone un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de esta actividad. Adicionalmente, supone un condicionante de naturaleza económica o de estructuración del sector contrario al artículo 18.2.g LGUM, en relación con el art. 10.e Ley 17/2009.

Tales consideraciones se han confirmado por la STJUE de 8 de febrero de 2017 (C-181/17), que declaró el incumplimiento de España debido a la exigencia de disponer de un requisito de flota mínima a tenor del citado artículo 19 de la Orden FOM/734/2007, así como por las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2018 (recurso 123/2017) y de 27 de junio de 2018 (recurso 42/2017), que anularon sendas resoluciones denegatorias de autorizaciones de transporte en circunstancias análogas a las aquí consideradas.

Debe advertirse que, con fecha 1 de febrero de 2019, la SECUM notificó la decisión final de la autoridad competente en la reclamación de artículo 26. Dicha autoridad desestimó la reclamación con base en que la Orden aludida (cuya validez la CNMC cuestiona) constituye derecho vigente que debe aplicar en sus resoluciones.

El informe de SECUM está en línea con lo señalado por la CNMC, concluyendo en los siguientes términos: *“La exigencia de un mínimo de 3 vehículos para conceder la autorización, ha sido declarada contraria al Reglamento nº 1071/2009 por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ejecución de la STJUE de 8 de febrero de 2018, este artículo será modificado próximamente suprimiéndose la exigencia de contar con un número mínimo de tres vehículos que representen una determinada capacidad de carga”*.

## ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS

**SENTENCIA Nº 26/2019 DICTADA POR LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN FECHA 15 DE ENERO DE 2019, POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 3760/2017 INTERPUESTO POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS CONTRA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS DE 21 DE MARZO DE 2017 (RECURSOS 94/2015 Y 129/2015) PARCIALMENTE ESTIMATORIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR LA CNMC Y LA FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS CON RELACIÓN A DISTINTOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO CANARIO DE VIVIENDAS VACACIONALES APROBADO MEDIANTE DECRETO 113/2015, DE 22 DE MAYO.**

La cuestión planteada en el recurso consistía en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 (que pretenden limitar la oferta turística de viviendas excluyendo del ámbito de aplicación del decreto las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas) y 12.1 (que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente y no puedan ser arrendadas por habitaciones) del Reglamento Canario de Viviendas Vacacionales resultaba o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), y si resultaba proporcionada y estaba suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en 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.

La Sala ha entendido en su Sentencia que el artículo 3.2 del Reglamento Canario es incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo: (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir -de forma directa la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.

Y en cuanto al artículo 12.1 del citado Reglamento Canario, el Tribunal Supremo sostiene que resulta incompatible con el artículo 5 LGUM la limitación que impone la cesión íntegra a una persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido. Además, anular esta limitación no contradice la previsión del artículo 5 e) de la Ley 29/1994, de 9 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU). Dicha Ley se limita en dicho apartado a excluir de su ámbito de aplicación la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda- en la que concurren, además los requisitos que precisa-, pero de ello no puede deducirse la conclusión de que la LAU prohíba la cesión temporal de habitaciones o estancias de una vivienda. Lo único que cabe interferir de esa redacción es, simplemente que aquellas cesiones (de la totalidad de la vivienda) no quedarían sometidas al régimen jurídico establecido en la LAU.