

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

La necesaria ordenación e intervención urbanística municipal sobre el uso turístico de viviendas: líneas rojas a la parahotelería

The necessary municipal urban planning intervention on the tourist use of housing: red lines to the para-hotels

Miguel Ángel Rodríguez Martínez

Doctor en Derecho

Secretario General

Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. MICHAL BOBEK EN LOS ASUNTOS C-724/18 Y C-727/18. 1. Aplicabilidad de la Directiva de servicios al uso turístico de viviendas. 2. Autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda: régimen de autorización y no requisito. 3. Compatibilidad del régimen de autorización para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda con la Directiva de servicios. A. El principio de necesidad. B. El principio de proporcionalidad. C. El principio de no discriminación. II. EL AVAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE A LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS: LA SENTENCIA DE 22/9/2020, CALI APARTMENTS y HX (C-724/18 y C-727/18). III. LA INMEDIATA “TRANSPOSICIÓN” POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE. 1. La clara distinción entre el uso residencial de una vivienda (estable, habitual o permanente) y el uso equipamental (turístico) de una vivienda (transitorio y circunstancial). 2. La protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, y del “entorno urbano” como razón imperiosa de interés general y título habilitante para la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento. 3. La intervención municipal

en uso de la potestad de intervención y protección de la legalidad urbanística. IV. LA INTEGRACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS EN LAS BASES DE LA ORDENACIÓN URBANA. 1. La indisponible sostenibilidad de un sistema urbano integral. 2. La efectividad del derecho a la vivienda digna y adecuada como eje de la sostenibilidad del sistema urbano. V. LA HABILITACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS. 1. El protagonismo de la técnica de la zonificación. 2. Clasificación, categorización y calificación urbanísticas: el suelo turístico. 3. La conveniencia y oportunidad de la habilitación de nuevos instrumentos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Durante la última década, el auge experimentado por el uso turístico de viviendas ha provocado una gran transformación urbanística, social, económica y cultural en muchas ciudades del mundo, especialmente en todas las grandes capitales europeas, que ha ido acompañada de una enorme controversia jurídica sobre el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria, las potestades de ordenación urbanística, el control administrativo sobre ese tipo de actividades y la conciliación de las exigencias de la Directiva de Servicios con el urbanismo, en la que hasta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE habían salido casi siempre perdedoras las potestades públicas que ahora, en un giro radical, salen plenamente reforzadas, lo que exige analizar las posibles técnicas de intervención administrativa sobre dicho fenómeno.

PALABRAS CLAVE: Vivienda turística; Directiva de servicios; derecho a la vivienda; protección del entorno urbano; ordenación urbanística.

ABSTRACT: During the last decade, the boom experienced by the tourist use of housing has caused a great urban, social, economic and cultural transformation in many cities of the world, especially in all the major European capitals, which has been accompanied by a huge legal controversy over the content of real estate law, the powers of urban planning, administrative control over this type of activities and the reconciliation of the requirements of the Services Directive with urban planning, in which until the ruling of the Court of Justice of the EU the public powers have almost always been the losers and now, in a radical turn, are fully reinforced, which requires analyzing the possible techniques of administrative intervention on this phenomenon.

KEYWORDS: Tourist housing; Services Directive; right to housing; protection of the urban environment; urban planning.

I. INTRODUCCIÓN

Ante el evidente auge, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, de las viviendas para uso turístico, eran muchas las voces que invocaban la necesidad de hacer efectiva una planificación urbana sostenible que garantice de manera efectiva el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, especialmente de las personas más vulnerables, así como el mantenimiento de la identidad cultural y social de las ciudades, poniendo freno a la turistificación y a la gentrificación de muchas urbes, otorgando preeminencia a las políticas medioambientales, de vivienda y de protección social sobre la razones de carácter económico, interviniendo en el pulso entre sostenibilidad económica y sostenibilidad ambiental, buscando el adecuado equilibrio que garantice la presencia eficaz de los valores de ésta última en todas las diferentes políticas públicas.

Sin embargo, muchos de los intentos de regulación de ese fenómeno del cambio de uso residencial a turístico de las viviendas, tanto en nuestro país como también en otros, se dieron de bruces en múltiples ocasiones con los tribunales de justicia al considerar que chocaban de frente con las determinaciones de la Directiva de Servicios (2006/123/CE), en concreto con las exigencias de la libertad de establecimiento, de la ordenación general de la economía y la unidad de mercado.

Pero ese panorama empezó a cambiar significativamente con la presentación, el 2 de abril de 2020, de las conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek en los asuntos C-724/18 y C-727/18, que culminó, en el ámbito de la UE, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020.

En el plano nacional, dejando al margen otras resoluciones de similar orientación, el camino se abrió, entre otras, por la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con su sentencia número 292/2019 de 11 de junio, culminándose dicho procedimiento por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo con su Sentencia núm. 1.550/2020 de 19 de noviembre, a la que siguieron otras en similar sentido.

A partir de tales sentencias se abrió un escenario jurídico general muy favorable para la implantación de políticas urbanas racionales y sostenibles que encaucen el uso turístico de las viviendas evitando sus consecuencias negativas, y aprovechen sus vertientes positivas sobre la base de una adecuada regulación normativa de la actividad.

Por esa razón ha de comenzarse el examen de la cuestión por el repaso, aunque sea somero, pues ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales, de la doctrina establecida en el ámbito jurisdiccional de la UE, que es el soporte básico de la doctrina jurisprudencial uniforme que se ha consolidado en el Tribunal Supremo.

II. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. MICHAL BOBEK EN LOS ASUNTOS C-724/18 Y C-727/18

De las diversas cuestiones analizadas¹ minuciosamente en las Conclusiones resultan de especial interés aquí las relativas a si puede estar justificado el establecimiento de un régimen de autorización para el arrendamiento de un inmueble amueblado durante breves períodos de tiempo por razones imperiosas de interés general, en particular por la necesidad de una oferta asequible de alojamientos de larga duración y por la protección del entorno urbano y, en caso de respuesta afirmativa, qué criterios o medidas serían proporcionados a los objetivos de interés general perseguidos. No obstante, no puede soslayarse una breve referencia a otras de las cuestiones planteadas.

1. Aplicabilidad de la Directiva de servicios al uso turístico de viviendas

De la amplia reflexión que el Abogado General hace respecto de la aplicabilidad de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva de servicios») al uso turístico de viviendas la primera cuestión relevante es que para el Abogado General no hay duda de que estamos ante un ser-

¹ La Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), órgano jurisdiccional remitente, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) *A la luz de la definición de su objeto y de su ámbito de aplicación con arreglo a sus artículos 1 y 2, ¿se aplica la [Directiva de servicios] al arrendamiento a título oneroso, incluso no profesional, de un inmueble amueblado destinado a uso de vivienda que no constituye la residencia principal del arrendador, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio, habida cuenta, en particular, de los conceptos de “prestadores” y de “servicios”?*»

2) *En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿constituye una normativa nacional como la prevista en el artículo L. 6317 del Código de la Construcción y de la Vivienda un régimen de autorización de la citada actividad, en el sentido de los artículos 9 a 13 de la [Directiva de servicios], o únicamente un requisito sujeto a los artículos 14 y 15?*

En caso de que los artículos 9 a 13 de la [Directiva de servicios] sean aplicables:

3) *¿Debe interpretarse el artículo 9, letra b), de dicha Directiva en el sentido de que el objetivo referido a la lucha contra la escasez de vivienda destinada a alquiler constituye una razón imperiosa de interés general que permite justificar una medida nacional que somete a autorización, en determinadas zonas geográficas, el arrendamiento de inmuebles amueblados destinados a uso de vivienda de forma reiterada durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio?*

4) *En caso afirmativo, ¿es proporcionada esa medida en relación con el objetivo perseguido?*

5) *¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letras d) y e), de la Directiva a una medida nacional que somete a autorización el arrendamiento de un inmueble amueblado destinado a uso de vivienda “de forma reiterada”, durante “breves períodos de tiempo”, a “clientes de paso que no fijan su domicilio en él”?*

6) *¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letras d) a g), de la Directiva a un régimen de autorización que prevé que las condiciones para la concesión de la autorización se fijan mediante acuerdo de la junta municipal a la luz de los objetivos de diversidad social en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda?»*

vicio de naturaleza económica², y que se trata de un servicio claramente turístico³ y eso, desde la perspectiva urbanística es absolutamente determinante como luego se verá, puesto que el objeto principal del litigio no es otro que la aplicación de una técnica de intervención tradicional en nuestro derecho urbanístico como es la autorización o licencia previa para el cambio de uso de una edificación. Se trata, sin lugar a dudas, del meollo de la cuestión: la necesidad, por supuesto siempre que sea legalmente posible el nuevo uso, lo cual no puede darse nunca por supuesto, de autorización previa del cambio de uso de una vivienda de residencial a un uso turístico o servicio de naturaleza económica.

De hecho, ese cambio a un uso/actividad/servicio de naturaleza económica y turística es lo que determina mi preferencia por el término parahotelería, expresión que considero muy acertada frente a otras como alquiler turístico, viviendas vacacionales o viviendas de uso turístico.

Se trata de una palabra muy usada en algunos países de Latinoamérica para describir esta actividad, y considero que es un término que consigue sintetizar perfectamente el fenómeno objeto de este estudio, y que no es otro que el uso de viviendas residenciales para llevar a cabo la actividad de alojamiento turístico. Es un término que expresa claramente la esencia del fenómeno, si tenemos en cuenta que el prefijo “para” puede tener varios significados: “junto a”, “semejante a”, “al margen o en contra de”, todos los cuales resultan, curiosamente, útiles para explicar o definir esta actividad, puesto que sus impulsores utilizarán los dos primeros conceptos (para ellos se trataría simplemente de una modalidad más de alojamiento turístico que coexistiría con las más empresariales o profesionales), mientras que sus detractores preferirán, sin duda, el último de ellos (pues argumentarán que supone una modalidad no profesional que compite con ventaja sobre las tradicionales formas empresariales de alojamiento turístico). De hecho, y teniendo presente que conforme al artículo 10, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 los criterios han de ser claros e inequívocos, debería indicarse que el término adecuado, por claro e inequívoco, sería el señalado de “uso turístico de viviendas” o el de “cambio de uso de vivienda a apartamento turístico”,

² CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: “40. En mi opinión, el arrendamiento a título oneroso por breves períodos de tiempo constituye un servicio de naturaleza claramente económica. La autorización del cambio de uso de una vivienda no es sino un requisito que afecta al acceso a la prestación de este servicio en particular”.

³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: “44. En realidad, todo indica que se pretendía incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva el alquiler de alojamientos, como cualquier otro servicio del sector turístico. Aunque no se haga mención expresa a tal efecto en la Directiva de servicios, el considerando 33 afirma que la Directiva se aplica también a los servicios relacionados con los inmuebles y los destinados a los consumidores, incluidos los de turismo. Además, aunque ciertamente no es vinculante, el Manual de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva de servicios también confirma que las actividades de arrendamiento se incluyen entre las que pueden considerarse servicios”.

pues la referencia a “vivienda” se vincula propiamente a un uso residencial permanente o habitual pero nunca a un uso turístico.

En este sentido no puede dejarse de señalar que ésta es la perspectiva de la administración tributaria española (AEAT⁴), diferenciar los servicios que presta la industria hotelera del uso del alojamiento privado para el turismo que es lo que se denomina alquiler turístico:

“En los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo que es lo que se denomina alquiler turístico y hay que diferenciarlo de los servicios que presta la industria hotelera.

La Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) pone como ejemplos de “servicios complementarios propios de la industria hotelera” los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos (art 20.uno.23º. b.º LIVA). En este sentido, los servicios de hospedaje se caracterizan por extender la atención a los clientes más allá de la mera puesta a disposición de un inmueble o parte del mismo. Es decir, la actividad de hospedaje se caracteriza, a diferencia de la actividad de alquiler de viviendas, porque normalmente comprende la prestación de una serie de servicios tales como recepción y atención permanente y continuada al cliente en un espacio destinado al efecto, limpieza periódica del inmueble y el alojamiento, cambio periódico de ropa de cama y baño, y puesta a disposición del cliente de otros servicios (lavandería, custodia de maletas, prensa, reservas etc.), y, a veces, prestación de servicios de alimentación y restauración. (Consultas DGT V0081.16 y V0575.15)”.

Por lo tanto, la conclusión del Abogado General de que se trata de un “servicio claramente turístico” puede ser matizada en el sentido de que de que sí es una actividad turística, pero sui generis por su limitada vinculación a la prestación de servicios en sentido estricto⁵.

⁴ https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_componentes/_Le_interesa_conocer/Historico/La_tributacion_de_los_alquileres_turisticos.shtml

⁵ En tal sentido cabe mencionar de nuevo el criterio sostenido por la AEAT respecto de la calificación de servicios en sentido estricto, pues los que menciona también se prestan en arrendamientos convencionales para uso residencial permanente: “En particular, se consideran servicios complementarios propios de la industria hotelera, además de los citados, los servicios de limpieza del interior del apartamento, así como los servicios de cambio de ropa en el apartamento, ambos prestados con periodicidad.

Por el contrario, no se consideran servicios complementarios propios de la industria hotelera los que a continuación se citan:

Servicio de limpieza del apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario.

Servicio de cambio de ropa en el apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario.

Servicio de limpieza de las zonas comunes del edificio (portal, escaleras y ascensores) así como de la urbanización en que está situado (zonas verdes, puertas de acceso, aceras y calles).

Servicios de asistencia técnica y mantenimiento para eventuales reparaciones de fontanería, electricidad, cristalería, persianas, cerrajería y electrodomésticos”.

Igualmente, enlazando con lo anterior y desde la perspectiva tributaria al menos, cabe matizar la conclusión de que se trata de un “servicio de naturaleza económica” pues para la AEAT “*Con carácter general, los rendimientos derivados del alquiler de apartamentos turísticos tendrán la consideración de rendimientos del capital inmobiliario*”⁶, de tal modo que no se diferencian de los obtenidos de un arrendamiento para uso residencial permanente ni se equiparan a los obtenidos del ejercicio de actividades económicas en sentido estricto, salvo que a la mera cesión temporal del uso del inmueble se añada la prestación de servicios: “*No obstante, el arrendamiento se puede entender como una actividad empresarial y los rendimientos derivados de la misma tendrán la consideración de rendimientos de actividades económicas cuando, además de poner a disposición el inmueble, se ofrezcan, durante la estancia de los arrendatarios, servicios propios de la industria hotelera como pueden ser: servicios periódicos de limpieza, de cambio de ropa, de restauración, de ocio u otros de naturaleza análoga o cuando, sin prestar tales servicios, se disponga de una persona con contrato laboral y jornada completa para la ordenación de la actividad*”.

En segundo lugar resulta especialmente interesante la reflexión en torno al considerando 9 de la Directiva de servicios⁷, según el cual ésta no se aplica a «normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural [ni a las] normas de construcción», lo cual ha dado lugar a interesantes controversias doctrinales sobre la relación entre la Directiva de servicios y el urbanismo.

El Abogado General desvirtúa la relevancia del citado considerando 9, en primer lugar por cuestiones meramente formales, pues, en su opinión “(47)... por sí mismo y sin la correspondiente disposición en el texto, un considerando no puede establecer una nueva exención por categorías que no tenga reflejo alguno en la parte operativa del texto del acto de la Unión”, y en segundo lugar por una cuestión de fondo: “(48)... en cualquier caso, el considerando 9 tiene un objeto distinto del relativo a la exclusión de una nueva área del ámbito de aplicación de la

⁶ Véase web AEAT citada: “Para que proceda esa calificación, el alquiler se tiene que limitar a la mera puesta a disposición de un inmueble durante un periodo de tiempo, sin que vaya acompañado de la prestación de servicios propios de la industria hotelera. A modo de ejemplo, no se consideran como tales: los servicios de limpieza realizados antes de la llegada de los inquilinos o tras la salida de éstos o la entrega y recogida de llaves en el momento de la entrada y salida de los clientes.

Los rendimientos obtenidos por el arrendamiento se declararán por el titular del inmueble o del derecho que le habilita para la cesión (por ejemplo, en el caso de un usufructuario del inmueble que cede el mismo) por la diferencia entre los ingresos íntegros y los gastos fiscalmente deducibles.

Al rendimiento neto resultante de esa operación no le resultará aplicable la reducción del 60% prevista en el artículo 23.2 de la Ley de IRPF ya que los apartamentos de uso turístico no tienen por finalidad satisfacer una necesidad permanente de vivienda sino cubrir una necesidad de carácter temporal”.

⁷ CONSIDERANDO 9 “La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada”.

Directiva”. Sus argumentos pueden resumirse en su afirmación tajante⁸ de que “(53)... Las normas que rigen (el acceso a) los servicios están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que las normas de aplicación general que no diferencian en modo alguno entre los prestadores de servicios y los particulares no lo están. Tal como confirma la primera frase del considerando 9, los requisitos relativos a las condiciones de acceso a la prestación de un servicio están claramente incluidos, sea cual sea el ámbito del Derecho del que emanen”⁹.

2. Autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda: régimen de autorización y no requisito

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, las conclusiones señalan que las normas controvertidas, es decir, la exigencia de una autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda, constituyen un régimen de autorización, no un requisito y, por lo tanto, deben examinarse desde la perspectiva de la sección 1 del capítulo III, relativa a las autorizaciones y, en particular, de sus artículos 9 y 10.

3. Compatibilidad del régimen de autorización para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda con la Directiva de servicios

A. El principio de necesidad

Debe destacarse cómo las conclusiones comienzan por afrontar directamente la relación con dos derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: el artículo 16 (libertad de empresa) y el artículo 17 (derecho a la propiedad), que han sido los pilares que habían dado soporte a muchas resoluciones judiciales, artículos doctrinales e iniciativas de todo tipo, entre las que es de destacar el papel protagonista de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia en el ámbito nacional, contrarias a cualquier intervención o regulación del uso turístico de viviendas, y cuyos planteamientos unidireccionales se han visto completamente desmantelados a raíz de la nueva corriente jurisprudencial.

⁸ En la misma línea señala: “(49)... Por lo tanto, todas las normas en cualquier ámbito que establezcan un requisito para acceder a un servicio, incluidos los relativos al cambio de uso de un inmueble, están sujetas a la Directiva. Pero se hace una aclaración: la Directiva «solo» se aplica a estos requisitos”.

⁹ Adicionalmente, el Abogado General, con apoyo en la sentencia Visser, recuerda que “(57)... cuando los inmuebles se utilizan con ánimo de lucro, el Tribunal de Justicia diferencia entre el objeto específico de las normas y su finalidad general. El hecho de que la (principal) finalidad tenga que ver, sobre todo, con el urbanismo no impide que las normas estén sujetas a la Directiva de servicios si su objeto específico es una actividad económica.

(58) Por lo tanto, de la sentencia Visser se infiere claramente que las normas relativas al uso de inmuebles estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en la medida en que afecten a actividades económicas y, con ello, tengan efectos sobre el acceso al mercado de servicios o al ejercicio de una actividad de servicios”.

Lo primero, y muy importante, que recuerdan las conclusiones es que no se trata de derechos absolutos¹⁰, sino sometidos a límites y restricciones derivados de las exigencias del interés general¹¹.

Sentada esa base jurídica, el Abogado General procede el examen de si se cumple la doble exigencia de la Directiva de servicios de que la necesidad del régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general y los criterios en que se basen los regímenes de autorización estén, a su vez, justificados por una razón imperiosa.

Varias y diversas fueron las razones imperiosas de interés general invocadas por algunas de las partes intervinientes: solucionar la escasez de viviendas; ofrecer alojamiento asequible y en cantidad suficiente; seguir una política social de vivienda; proteger el entorno urbano; luchar contra la presión inmobiliaria; proteger a los consumidores; garantizar la eficacia de las inspecciones fiscales; fomentar el comercio justo; y proteger a los destinatarios de servicios de alojamiento.

El Abogado General identifica y reconoce abierta y directamente¹² al menos dos razones imperiosas de interés general válidas para justificar, juntas o por separado, tanto el establecimiento del régimen de autorización como su configuración concreta y las condiciones que en él se establecen: combatir la escasez estructural

¹⁰ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (93)... *la libertad de empresa y el derecho a la propiedad van a ser analizados desde el punto de vista de la Directiva de servicios y de la libertad de establecimiento, ninguno de ellos es absoluto. Todo lo contrario: ambos pueden someterse a limitaciones. En particular, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo citada da muestra de una gran sabiduría al actuar con notable tacto respecto a las medidas nacionales relativas únicamente a la reglamentación del uso de los bienes (inmuebles). En otras palabras, siempre que la reglamentación del uso no constituya una restricción tan severa que, en la práctica, equivalga a la expropiación o depreciación de los bienes en sí, se permiten las restricciones de estos derechos, incluso de alcance sustancial.*

¹¹ “(88)... *La libertad de empresa no es una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por lo tanto, la libertad de empresa puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general.*

(89) *El artículo 17 de la Carta es una disposición destinada a conferir derechos a los particulares. Sin embargo, el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene tampoco carácter absoluto y su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión”.*

¹² CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (100) *El artículo 4, punto 8, de la Directiva de servicios reconoce expresamente la protección del entorno urbano y los objetivos de la política social como razones imperiosas de interés general. Se trata de objetivos expresados en términos tan amplios que, ciertamente, pueden abarcar otros objetivos más específicos.*

(101) ... *el Tribunal de Justicia ha admitido una serie de posibles razones justificativas que son de relevancia para los presentes litigios. En particular, ha aceptado expresamente razones vinculadas a la política de vivienda dirigida a luchar contra la presión inmobiliaria. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha admitido los requisitos que garantizan una oferta de vivienda suficiente para determinadas categorías de la población local o los más desfavorecidos, y disposiciones nacionales dirigidas a preservar la habitabilidad del centro de la ciudad para una adecuada ordenación del territorio. El Tribunal de Justicia también ha tenido ya en cuenta «determinadas características que definen la situación del mercado nacional de que se trata en el asunto principal, como la escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta».*

de vivienda y proteger el entorno urbano. Es más, su proclama es clara: *“(103) En definitiva, combatir la escasez de viviendas y tratar de garantizar la disponibilidad de un número suficiente de alojamientos (para largas estancias) asequibles (en particular, en grandes ciudades), así como la protección del entorno urbano, son justificaciones válidas para el establecimiento de regímenes de autorización basados en gran medida en la política social. De igual manera, estas razones pueden ser invocadas para justificar los criterios de un régimen de autorización”*.

B. El principio de proporcionalidad

Uno de los aspectos más destacables en este apartado es el referido a la preferencia por el ámbito local para determinar la proporcionalidad de tales medidas frente al establecimiento de regímenes nacionales.

Para la Comisión, los regímenes nacionales debían basarse en pruebas específicas relativas a la situación del mercado de la vivienda, mientras que para el Abogado General lo importante es el ámbito local: *“(112)...sin ánimo de subestimar la importancia de tales pruebas para las disposiciones nacionales, donde realmente son fundamentales es en el ámbito local, precisamente a efectos de encontrar una solución proporcionada a la luz de las circunstancias locales concretas”*.

“(121)... El hecho de que «la junta municipal [establezca], mediante acuerdo, las condiciones de concesión de las autorizaciones [...], a la luz de los objetivos de diversidad social, en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda» pone de relieve la habilitación reconocida al ámbito local. La obligación de tener en cuenta las características particulares del mercado local de la vivienda parece poder garantizar que cada régimen de autorización se adapte a las circunstancias locales, de modo que, en teoría, no vaya más allá de lo necesario para luchar contra la escasez de viviendas”.

Todo ello indica que la opción de combinar medidas nacionales o regionales, como las referidas al establecimiento de estándares o reservas de viviendas para uso residencial permanente, con medidas específicas en el ámbito local¹³ impuestas a través de los diferentes instrumentos de planeamiento urbanístico, garantiza un mejor cumplimiento de los objetivos de garantizar una oferta de vivienda suficiente, preservar el mercado de alojamientos de larga duración y proteger la habitabilidad del centro de la ciudad, a la vez que resulta más proporcionado a las circunstancias concretas de la ciudad o zona objeto de esas limitaciones, no debiendo olvidar que, sin duda, habrá ciudades o regiones donde no sean necesarias tales limitaciones ya

¹³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (135) ... *la lógica general de un espectro de soluciones proporcionadas también sería válida en este caso, sobre todo a la hora de valorar la proporcionalidad de las condiciones concretas. Si no se deja suficiente margen de maniobra para elegir soluciones adecuadas a las circunstancias locales, podría llegar a impugnarse cualquiera de esas condiciones, pues todas ellas inevitablemente van a tener el resultado de perjudicar a alguien. Lo esencial es la justicia social general, así como la adopción de medidas no discriminatorias tras un proceso de decisión basado en hechos objetivos y en un procedimiento legislativo y deliberativo transparente desarrollado dentro de la comunidad afectada”*.

que no están en riesgo de afección ni el mercado de viviendas ni el entorno urbano. De ahí la necesidad de que los regímenes nacionales sean muy flexibles¹⁴ y se complementen con medidas regionales y/o locales. En este sentido, como profesional en el ámbito local no puedo dejar de reconocer y agradecer la invocación del Abogado General al necesario respeto de la autonomía local¹⁵:

En lo que respecta al examen de proporcionalidad referido a si los controles a posteriori no bastan para alcanzar el objetivo perseguido, las conclusiones son rotundamente favorables al establecimiento de un régimen de autorización: *“(115) ...si el objetivo es preservar la disponibilidad de determinados bienes o servicios en un determinado mercado (el de los alojamientos de larga duración), distarían mucho de ser eficaces los controles a posteriori, con los que inevitablemente se comprobará que dichos bienes o servicios han salido del mercado para entrar en otro, aparentemente más rentable (el de los alojamientos de corta duración). Por lo tanto, si el objetivo es regular o evitar la salida del mercado, resultan indispensables las autorizaciones previas para salir de él”*.

C. El principio de no discriminación

En el triple examen de compatibilidad del régimen de autorización con la Directiva de servicios este es el aspecto que menos controversia suscita, al menos hasta el momento, pues no han surgido apenas problemas de discriminación por razones de nacionalidad ni tampoco por otras razones, como las mencionadas en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, no debe descartarse que a raíz del nuevo escenario jurisprudencial surjan algunos problemas de discriminación pues al avalarse la posibilidad de regímenes de autorización para el uso turístico de viviendas, éstos tenderán a proliferar para hacer frente a numerosas situaciones de conflicto en las que hasta ahora muchas administraciones habían permanecido pasivas ante la probabilidad de que sus iniciativas de intervención no superasen el oportuno examen judicial. En ese

¹⁴ La flexibilidad se refiere también a los diferentes tipos de medidas a adoptar, que no necesariamente pasan por establecer un régimen de autorización: *“CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (118) Es cierto que, aparte del establecimiento de un régimen de autorización, hay otras varias medidas que también contribuirían a alcanzar el objetivo perseguido por la legislación nacional. Una ciudad que sufre la carencia de alojamientos de larga estancia debido al arrendamiento de inmuebles amueblados durante breves períodos de tiempo podría optar por exigir un impuesto a los propietarios de los inmuebles arrendados por pocos días o semanas, o bien imponer un número máximo de pernoctaciones al año, o un porcentaje máximo de inmuebles que se puedan arrendar durante breves estancias, etc”*.

¹⁵ *“(136) Conforme a este marco, la diversidad local en cuanto a las condiciones específicas de autorización no solo es lícita, sino que es deseable. Si se admite que en el ámbito local se adopten normas y se concreten las condiciones de los regímenes de autorización, es probable que la proporcionalidad de estas normas dependa de que se tengan en cuenta o no las circunstancias y particularidades locales. Es cierto, sin duda, que estas divergencias locales generarán diferencias dentro de un mismo Estado miembro en cuanto al acceso y a los regímenes localmente aplicables, una idea que a la Comisión, en particular, le generó cierta inquietud en la vista oral. No obstante, este es el precio inevitable de tener una Unión que respeta la autonomía local y regional en sus Estados miembros, ...”*

sentido, es necesario tener presente lo que se apunta en las Conclusiones respecto de aquellos casos, que serán los más abundantes, en que el número de autorizaciones esté limitado: *“(95)... los casos en que la libertad de empresa no se limita para todo el mundo de la misma manera, en aras de un interés social o comunitario, revisten una mayor complejidad a la hora de alcanzar el equilibrio general. En tales casos, se permite a algunas personas desarrollar libremente la actividad que desean y, a otras, no. Los derechos e intereses de los potenciales prestadores de algunos servicios se sopesan (y, en su caso, se ven limitados) no solo en relación con los intereses sociales de la comunidad, sino también, en la dimensión horizontal, en relación con exactamente los mismos derechos de otras personas. De este modo, la libertad de una persona para prestar un servicio compite con el interés de otras que desean prestar ese mismo servicio. En un mundo de recursos, capacidades y autorizaciones limitados, el precio de conceder acceso a una persona con frecuencia puede ser denegárselo a su vecino”*.

Lo que quiero señalar aquí es que tal vez algunas administraciones pretendan hacer valer cláusulas de arraigo que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico, en cuyo caso habrá que recordarles que se considera contraria a Derecho no sólo la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio, requisitos prohibidos, entre otros, por el artículo 14 de la Directiva. Para resolver esos supuestos en que resulte obligada la selección entre varios candidatos, bastará con acudir a la propia Directiva de Servicios (artículo 12) y sus normas de transposición.

II. EL AVAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE A LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS: LA SENTENCIA DE 22/9/2020, CALI APARTMENTS Y HX (C-724/18 Y C-727/18)

El Tribunal de Justicia, siguiendo la línea marcada por el Abogado General, proclama que estamos en presencia de un servicio que entraría en la categoría de los servicios relacionados con los inmuebles, así como los relacionados con el turismo.

Igualmente, el Tribunal de Justicia suscribe la tesis de que en ningún modo se trata de una normativa excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva, y respecto del controvertido considerando 9 de la Directiva, concluye que *“(44)... en la medida en que la referida normativa regula el acceso a determinadas formas específicas de actividades de arrendamiento de inmuebles y el ejercicio de esas actividades, no constituye una normativa aplicable indistintamente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y, por tanto, no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123”*. Por lo

tanto, no ha lugar a dudar de que la normativa que regula actividad de arrendamiento de viviendas para uso turístico está sometida a la Directiva 2006/123.

Del mismo modo, se deja sentado que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda para un uso turístico está comprendida en el concepto de «régimen de autorización».

Respecto del cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de necesidad, según determina el Tribunal de Justicia, constituye una razón imperiosa de interés general en el sentido del Derecho de la Unión y, en particular, de la Directiva 2006/123, *“establecer un mecanismo de lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, con los objetivos de dar respuesta al deterioro de las condiciones de acceso a la vivienda y al aumento de las tensiones en los mercados inmobiliarios, en particular regulando las disfunciones del mercado, de proteger a los propietarios y a los arrendatarios y de permitir el incremento de la oferta de viviendas en condiciones respetuosas de los equilibrios de los territorios, en la medida en que la vivienda es un bien de primera necesidad y el derecho a una vivienda digna constituye un objetivo protegido. Es más, insiste en ello proclamando que “... el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y de lucha contra la presión inmobiliaria, en particular cuando un mercado concreto experimenta una escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta, pueden constituir razones imperiosas de interés general (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C567/07, EU:C:2009:593, apartado 30, y de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C197/11 y C203/11, EU:C:2013:288, apartados 50 a 52)”*.

En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, destaca asimismo el Tribunal de Justicia que la normativa francesa encaja en la Directiva por la importancia de que no se trata de un régimen de autorización de aplicación general, *“sino de un alcance geográfico restringido, referido a un número limitado de municipios densamente poblados que experimentan tensiones en el mercado del arrendamiento de inmuebles de uso como vivienda habitual a resultas del desarrollo del arrendamiento de inmuebles amueblados con finalidad turística”*. No cabrían, por lo tanto, regímenes de autorización territorialmente genéricos o indiscriminados, sino debidamente delimitados en función de circunstancias objetivas que justifiquen aquellos¹⁶ o, como señala la sentencia, se trata de regímenes adoptados a nivel nacional (o autonómico en nuestro caso) que delimitan las reglas

¹⁶ Literalmente lo indica la propia Sentencia: (73) *Además, esa misma normativa procede a establecer un régimen de autorización que no es de aplicación general, sino de un alcance geográfico restringido, referido a un número limitado de municipios densamente poblados que, tal como se desprende de varios documentos aportados al Tribunal de Justicia por el Gobierno francés, entre los que encuentra el estudio mencionado en el apartado 69 de la presente sentencia, experimentan tensiones en el mercado del arrendamiento de inmuebles de uso como vivienda a resultas del 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 periodos de tiempo.*

de determinación a nivel local de las condiciones de concesión de las autorizaciones: “(80)...el legislador nacional ha procurado obligar a las autoridades locales a perseguir tal razón en la aplicación concreta de la normativa nacional, insistiendo en el objetivo de diversidad social y en la necesidad de tomar en consideración, a efectos de esa aplicación, las características de los mercados de la vivienda, y la de no agravar la escasez de viviendas”.

Se asume por el Tribunal de Justicia la necesidad de una intervención a priori, puesto que “(74)...el recurso a un sistema de declaración acompañado de sanciones no podría alcanzar eficazmente el objetivo de luchar contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento a largo plazo. En efecto, al facultar a las autoridades locales para intervenir únicamente a posteriori, tal sistema no permitiría frenar de manera inmediata y eficaz el movimiento de transformación rápida que genera esa escasez”.

Por lo tanto, 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 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 éste no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Las mismas conclusiones establecidas sobre la necesidad y proporcionalidad del régimen de autorización se alcanzan respecto de los criterios de autorización.

A la vista de lo expuesto, la declaración del Tribunal es clara y viene a arrojar luz sobre esta cuestión tan controvertida por sus enormes repercusiones sociales, económicas, urbanísticas, culturales, etc.:

“1) Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a 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, tanto con carácter profesional como no profesional.

2) El artículo 4 de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda está comprendida en el concepto de «régimen de autorización», en el sentido del punto 6 de ese artículo.

3) El artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123 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.

4) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional por la que se establece un régimen que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arrienda «de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio» y que encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesorias y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles.

III. LA INMEDIATA “TRANSPOSICIÓN” POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

Menos de dos meses después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE el Tribunal Supremo emite la primera de varias sentencias que recogen la doctrina establecida por aquel como expresamente señala el Fundamento de Derecho octavo de la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo nº 1550/2020 de 19/11/2020, delimitando las consecuencias prácticas de dicha doctrina en el ámbito urbanístico español.

Lo primero que debe destacarse de esta primera sentencia es la clara determinación del objeto del recurso de casación¹⁷ y, en consecuencia, la diáfana delimitación de la doctrina establecida, y ello porque la sentencia aborda directamente la capacidad de los instrumentos de ordenación urbanística para regular e intervenir

¹⁷ Por haberlo así dispuesto el Auto de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:12851A)

sobre el uso turístico de viviendas: “... la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de alojamientos turísticos -singularmente viviendas de uso turístico- en los planes generales de ordenación urbana, cuando el ejercicio de dicha potestad incide -desde una perspectiva restrictiva en el ámbito de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios de viviendas destinadas a ese uso turístico”.

Tal y como destaca la propia sentencia (FD cuarto), se trata de afrontar el problema desde una perspectiva diferente, la propiamente urbanística, puesto que “Es cierto que la Sala ya se ha enfrentado con planteamientos similares ---si bien en relación con normas reglamentarias autonómicas---, en las que se ha procedido a la regulación, no tanto, de aspectos urbanísticos como el presente, sino, más bien, turísticos o relacionados con las características de las viviendas”.

No menos importante es recordar que la recurrente es ni más ni menos que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia cuya posición al respecto es bien conocida y que se condensa en “(FD tercero)...lo que considera el sentido del presente recurso, que no es otro, según expone, que precisar “el alcance de la potestad de planeamiento de las Corporaciones Locales en orden a la restricción de la libre prestación del servicio de alojamiento turístico por parte de los propietarios”, es decir, que parte de la idea de que el propietario puede libremente destinar su vivienda a un uso turístico y que el planeamiento urbanístico lo que busca es “restringir” ese derecho preexistente a la libre prestación del servicio de alojamiento turístico en su vivienda.

Además, la sentencia (FD tercero) identifica perfectamente las normas jurídicas en torno a las cuales se debe centrar el debate de la cuestión: artículos 38 de la Constitución (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado); 5 (principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes) y 17.4 (minimización las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y 3.11 (concepto de razón imperiosa de interés general) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, la sentencia, antes de entrar en el examen de adecuación de las Normas del PGOU de Bilbao a aquellos preceptos, que pretende justificarse en “(FD séptimo) los conceptos de “protección de los derechos” ---con referencia específica al derecho a la vivienda---, así como en el de “la protección del medio ambiente y del entorno urbano”, dedica un amplio espacio a la tarea de dejar constancia de los posicionamientos jurisprudenciales en relación con los límites de la potestad de planeamiento, cuestión respecto de la cual volveremos más adelante, llegando final-

mente a sintetizar de forma tajante la posición jurisprudencial con dos afirmaciones contundentes obrantes en dos párrafos consecutivos de su FD sexto:

“Todo ello nos conduce a afirmar que la intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas, pues, en realidad, el problema que en el fondo se suscita ---en el que pueden destacarse, sin duda, aspectos positivos, pero, al mismo tiempo, consecuencias negativas--- se trata de un problema jurídico de proporcionalidad, en el marco de una muy dispersa y variada normativa estatal y autonómica ---en modo alguno armonizada--- producida en la ámbito diseñado por las disposiciones europeas: Fundamentalmente la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016 (A European agenda for the collaborative economy).

Todo ello nos conduce a confirmar la posibilidad ---y la necesidad--- de intervención municipal en la materia, en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática, y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local”.

1. La clara distinción entre el uso residencial de una vivienda (estable, habitual o permanente) y el uso equipamental (turístico) de una vivienda (transitorio y circunstancial)

La STS acoge la argumentación de la Sala de instancia para distinguir claramente un uso residencial de un uso equipamental y ello porque el uso residencial, según lo establecido por el PGOU del Bilbao, se caracteriza por desarrollarse “en los edificios destinados al alojamiento estable y permanente de las personas”, sin que estas características de estabilidad y permanencia pueda predicarse de los ocupantes de las VUT, que son consideradas y definidas por las Normas del PGOU “como viviendas que se ofrecen o comercializan como alojamiento temporal por motivos turísticos o vacacionales”.

Por eso las VUT se califican como uso equipamental pues cuenta con una connotación distinta, ya que, según se expresa, el mismo “comprende las actividades destinadas a dotar al ciudadano de los servicios necesarios para su esparcimiento, educación, enriquecimiento cultural, salud, asistencia, bienestar y mejora de la calidad de vida.”

La STS acepta claramente esa distinción de usos para destacar que “...Coincidimos con la acertada apreciación de la sentencia de instancia en el sentido de que el uso residencial coincide con el de un lugar destinado a la satisfacción del derecho a la vivienda ---en un entorno urbano, añadimos, digno de especial protección---, mientras que un uso equipamental, como el decidido por el Ayuntamiento de Bilbao para las VUT, constituye un entorno, también urbano, pero

en el que lo esencial es la prestación en el mismo de otros tipos de servicios para la población, y en el que la residencia se corresponde con necesidades alojativas circunstanciales”.

No parece, pues, haber lugar a discusión alguna respecto de que trata de dos usos totalmente distintos de un inmueble, que tienen requerimientos propios totalmente diferentes y que, por lo tanto, no pueden desarrollarse indistintamente ni en las mismas circunstancias de entorno urbano: *“la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable...”.*

2. La protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, y del “entorno urbano” como razón imperiosa de interés general y título habilitante para la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento

Se reconocen e identifican claramente por el Tribunal Supremo¹⁸ dos razones imperiosas de interés general: la protección del derecho a la vivienda y la protección entorno urbano. Pero además, esas dos razones imperiosas de interés general legitiman la intervención municipal sobre la implantación de viviendas turísticas en uso de la potestad de planeamiento: *“Se trata, sin duda, de dos conceptos ---los citados--- que habilitan la citada intervención municipal, en uso de la potestad de planeamiento, incluso en el marco de la citada Directiva de Servicios y de la normativa interna española que se ha considerado con infringida, pues tales conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos ---en supuestos como el de autos--- 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*

¹⁸ En concreto en el FD noveno de la STS 1550/2020, se señala respecto de este “novedoso tipo de viviendas turísticas” (en expresión del TS), las consecuencias que está acarreado en el mercado de vivienda: *“... , la sentencia reconoce que este tipo de alquileres está produciendo una afectación al derecho a la vivienda, llegando a la conclusión de que tal situación no se puede “dejar en manos del mercado ... al libre albedrío de los propietarios de las viviendas ... puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial”.*

La consecuencia de todo ello es el de la legitimación ---incluso obligación--- del planificador urbanístico municipal para “promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico”.

...es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención ---ubicando la VUT en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao--- iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control --- evitando el deterioro--- del denominado, por la Directiva de Servicios, , “entorno urbano”.

habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas”.

A juicio del Tribunal Supremo se ha acreditado el escrupuloso respecto al principio de necesidad en los términos establecidos por la propia la Directiva de Servicios, pero debe destacarse el énfasis que pone el TS en la importancia de que queden acreditadas en el propio instrumento de ordenación las razones que avalan la necesidad de la intervención, que a su vez permiten acreditar el cumplimiento de los demás criterios impuesto por la Directiva de Servicios: *“En ese marco, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable y, sobre todo, suficientemente motivado por el Ayuntamiento de Bilbao, que respeta, con su actuación ---y con la justificación que ofrece de su norma reglamentaria--- los ya más que conocidos criterios de proporcionalidad, claridad, objetividad, antelación, transparencia y accesibilidad, previstos en la Directiva de Servicios”.*

Debe insistirse en que los propios instrumentos de ordenación urbanística han de llevar a cabo su autoevaluación de proporcionalidad y no discriminación, y su resultado debe quedar reflejado y acreditado en la propia documentación de los planes correspondientes, de tal modo que ante su posible impugnación jurisdiccional pueda acreditarse que la actuación está suficientemente y justificada, es decir, en palabras del propio TS *“resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios”*¹⁹.

3. La intervención municipal en uso de la potestad de intervención y protección de la legalidad urbanística

El tercer aspecto relevante que es objeto de examen por parte de la STS 1550/2020 es el relativo a la intervención municipal a través de las potestades de disciplina urbanística, concepto hoy sustituido por el de intervención y protección de la legalidad urbanística, entre las que se incluiría la exigencia de un *“informe urbanístico de conformidad”*.

¹⁹ El TS aclara y matiza esa exigencia en su STS de 02/06/2021 núm. 779/2021(RQJ): STS 2337/2021): FD QUINTO: *“... si las determinaciones que establece el Plan Especial ciertamente que requieren una motivación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de este Tribunal, es lo cierto que esa motivación debe estar en la Memoria, que es un documento preceptivo en la elaboración de los planes. No se puede pretender que los planes de urbanismo, y es la última consecuencia de los argumentos del escrito de interposición, contengan una específica y concreta motivación de todas y cada una de las determinaciones que en los mismos se contiene, pretendiendo que se “motive” y justifique por qué un concreto solar tiene una edificabilidad o un uso determinado. O, por utilizar como ejemplo algunas de las argumentaciones del escrito de interposición, no puede pretenderse, una vez establecida la finalidad de la normativa que contiene el Plan, las razones por las que se “regula” una concreta densidad máxima de viviendas de estos usos en la Zona a que se refieren los preceptos cuestionados (ZE-01).*

La situación planteada es la de una doble intervención: por un lado, la Ley de Turismo de Euskadi condiciona el inicio de la actividad de arrendamiento de VUT a una declaración responsable (“*mecanismo de intervención de la Administración distinto al régimen de autorización*” según indica la sentencia de instancia) y por otro la exigencia de un “informe urbanístico de conformidad” (*que opera como mecanismo de intervención autorizatorio, a modo semejante a la licencia, también según indica la sentencia de instancia*) por la Modificación del PGOUB.

Podría incluso plantearse si no se está en presencia de una triple intervención, pues como recuerdan ambas sentencias, el artículo 207.1.r) Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco, establece la necesidad de licencia urbanística, sin perjuicio de otras autorizaciones impuestas por las normas sectoriales, para “[l]a primera utilización de las obras o partes de ellas, así como su modificación y el cambio, total o parcial, de usos de la edificación”. Pero para la STS no hay esa triple intervención porque considera que el PGOUB lo que hace es, “*minimiza[r] el mandato de la legislación urbanística ---al exigir tan sólo un informe de conformidad--- en línea con lo previsto en el artículo 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado*”, y por lo tanto no se exigiría la licencia de cambio de uso, que sería sustituida por ese informe de conformidad.

El TS avala la decisión de TSJPV y, en consecuencia, la legalidad de tal doble exigencia, y lo hace apelando al “...*diferente ámbito competencial conforme al que actúan ambas Administraciones, en sus respectivas normas, legal y reglamentaria: regulación turística, la autonómica, y urbanística, la local*”. En base a ello considera el TS que “*Acierta, pues, la Sala de instancia cuando acepta como compatible ambas exigencias; esto es, la declaración responsable, desde una perspectiva autonómica y turística, y el informe de conformidad, desde una perspectiva municipal y urbanística*²⁰”.

Lo relevante aquí es que para la STS la finalidad del informe de conformidad es exclusivamente urbanística y ajena a cualquier cuestión propiamente turística: “*Pero, lo que, realmente, se pretende, con la exigencia del informe urbanístico, es la constancia de que ---desde las previsiones normativas establecidas por el planeamiento urbanístico municipal---, resulta posible la puesta en alquiler de una VUT, en un lugar determinado del término municipal y en las condiciones exigidas por el planeamiento; en concreto, y por lo que al supuesto del caso nos*

²⁰ Dicho pronunciamiento sigue la línea marcada por la STJUE, pues el supuesto al que se enfrentó el TJUE también contemplaba una doble intervención, turística y urbanística, que no es puesta en duda por el TJUE, y que eran, respectivamente, las siguientes:

· Turística: declaración con carácter previo ante el alcalde del municipio en el que esté ubicado el establecimiento correspondiente conforme al artículo L. 3241-1 del Code du tourisme (Código de Turismo)

· Urbanística: autorización previa para el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda en las condiciones previstas en el artículo L. 6317-1 del Code de la construction et de l’habitation (Código de la Construcción y de la Vivienda), en los municipios de más de 200 000 habitantes.

ocupa, con el informe urbanístico, en realidad, se pretende determinar si ---entre otros extremos--- la VUT resulta conforme con el uso turístico de la vivienda previsto en el planeamiento urbanístico...”

Por todo ello, el criterio interpretativo del Tribunal Supremo es avalar la posibilidad de intervención municipal a través de un mecanismo de intervención previa: *“No existe, pues, con la exigencia de un informe urbanístico de conformidad, vulneración de los artículos 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado ni del 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios”*.

IV. LA INTEGRACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS EN LAS BASES DE LA ORDENACIÓN URBANA

1. La indisponible sostenibilidad de un sistema urbano integral

Una vez despejada jurisprudencialmente la legitimación de la intervención urbanística, por diversas vías, sobre el uso turístico de las viviendas, es necesario profundizar en el correcto modo de llevar a cabo dicha intervención, desde una perspectiva tanto doctrinal como normativa.

El objetivo a conseguir con esa intervención a través del planeamiento urbanístico es claro y sólo puede ser uno: el desarrollo urbanístico sostenible²¹.

Desde la perspectiva de ese objetivo final, para entender correctamente el modo de actuar que aquí se expone, parece necesario hacer una primera referencia a dos nociones básicas, que eran perfectamente definidas por el profesor Porto²², en un contexto económico y social muy diferente del actual. La primera de ellas refiere a “la urbanística”, respecto de la cual señalaba que *“De los distintos conceptos habidos a lo largo de la historia, la acepción que sitúa a la Urbanística en su sentido más actual es aquella que concibe a la Sociedad y al medio en el que tienen lugar sus actividades como un sistema de comportamiento holístico. Responde a una concepción comprensiva global o integral del fenómeno urbano,*

²¹ Son múltiples las definiciones de desarrollo urbanístico sostenible contenidas en nuestras legislaciones urbanísticas, pero en este caso tomaremos como referencia la catalana de su Texto Refundido de la Ley de urbanismo aprobado por Decreto legislativo 1/2013, de 3 de agosto (art.3): *“El desarrollo urbanístico sostenible se define como la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, a fin de garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.*

El desarrollo urbanístico sostenible, dado que el suelo es un recurso limitado, comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente...”

²² PORTO REY, E., La ordenación urbana y las figuras de planeamiento, en Curso básico de planeamiento y gestión. Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. (1987), p. 23.

interrelacionado con su propio medio físico. Desborda por tanto concepciones temáticas parciales provenientes de diferentes disciplinas relacionadas con estudios sectoriales del fenómeno urbano o descripciones del medio natural o cultural o simplemente de la territorialización de las actividades humanas”.

En la actualidad este es el enfoque que preside la Estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado promovido por la Unión Europea en el marco de la política de cohesión 2014-2020, señalando²³ a tal efecto que: *“Cada vez es más evidente que los distintos retos a los que se enfrentan las zonas urbanas – económicos, medioambientales, climáticos, sociales y demográficos – están interrelacionados y el éxito del desarrollo urbano solo puede lograrse a través de un enfoque integrado. De ahí que las medidas que atañen a la renovación física de las ciudades deban combinarse con medidas que promuevan la educación, el desarrollo económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. El desarrollo de una sólida cooperación entre los ciudadanos locales, la sociedad civil, la economía local y los diversos estamentos gubernamentales constituye un elemento indispensable”.*

Ese enfoque integrado y global de la ciudad impide la introducción de forma espontánea, unilateral y arbitraria de un uso terciario, el turístico, en edificaciones y zonas que inicialmente fueron proyectadas para un uso residencial permanente o habitual, pues de ese modo se rompe el equilibrio de usos proyectado desde el planeamiento urbanístico, es decir, en palabras más contundentes de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 15 de julio de 2019, *“... no cabe entender que el uso de alojamientos turísticos amparado por la Directiva 2006/123/CE lo vaya a ser a conveniencia del titular de una vivienda y en cualquier ubicación urbanística, sea cual sea la clasificación o calificación urbanística del suelo”.*

Insistiendo en la idea antes expresada, si la Directiva de servicios excluye de su ámbito de aplicación el urbanismo y la ordenación del territorio, no puede pretenderse que la Directiva haya operado de facto una modificación en el régimen de usos previstos por el planeamiento, habilitando automáticamente el uso turístico de viviendas y, por añadidura, ya metidos en faena, si se permite la expresión, cualquier uso terciario o de servicios en cualquier inmueble al margen de la ordenación por menorizada de usos vigente.

En ese sentido hay que recordar nuevamente las palabras del Tribunal Supremo, Sentencia de 13 febrero 1992, recurso núm. 4101/1990: *“...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*

²³ http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/urban_es.pdf

y por tanto es el interés de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios del suelo, el que ha de determinar su configuración”.

Es importante señalar que definir el modelo territorial a través del plan, desde esa perspectiva integral y global, es una tarea muy compleja y especializada, para la cual ha de hacerse uso de la ciencia urbanística, que ni siquiera es patrimonio exclusivo de una profesión, sino que necesita de la participación de profesionales de múltiples ramas del conocimiento, para asegurar un resultado equilibrado y acertado, como reiteradamente señala el TS²⁴, con lo cual carecen de sentido aquellas posiciones jurídicas que proponen aceptar sin más la introducción de cambios masivos de usos en la ciudad al margen de cualquier criterio verdaderamente urbanístico, en el más amplio sentido, derivados de un razonamiento tan nimio como que no pueden establecerse barreras o restricciones al establecimiento de nuevos operadores turísticos en perjuicio de consumidores y usuarios pues, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se acaba de citar “...sin que la tan citada directiva pueda derogar o sustituir las disposiciones urbanísticas al albur de una interpretación maximalista y literal de sus disposiciones...”:

La segunda referencia del profesor Porto (1987:24) era la relativa a “la ordenación urbana”, cuando señalaba que *“Para facilitar el desenvolvimiento y territorialización de las actividades humanas, los objetos y sujetos que componen el sistema urbano han de estar ordenados, es decir, dispuestos y relacionados entre sí de manera óptima, entendiendo por óptima, aquella posible alternativa que maximiza el bienestar y el bienestar social, según el modelo de Sociedad elegido. La referencia a este nuevo concepto implica la introducción de un criterio subjetivo de naturaleza política que, por ser un juicio previo, necesita su fijación o definición por la colectividad en cada caso (participación ciudadana).*

Si el sistema urbano fuese estático, la Ordenación Urbana consistiría en la acción de ordenar de manera óptima, en un momento dado, los objetos y sujetos que lo constituyen. Pero el sistema urbano no es estático, sino en constante evolución y, consiguientemente, la Ordenación Urbana ha de ser fundamentalmente prospectiva, es decir, orientada a dirigir interviniendo en la evolución del sistema y no tan solo en su realidad inmediata”.

El Tribunal Supremo alude también a esa constante evolución del fenómeno urbano, e incluso en la propia STS 1550/2020 incluye una expresa referencia a esa

²⁴ Sentencia de 2 abril 1982, RJ 1982\2382: “...es de común aceptación el que la ciencia del urbanismo es esencialmente interdisciplinar por confluir en ella conocimientos procedentes de las más variadas ramas del saber humano hasta el punto de que se considera ideal deseable que dicha actividad sea realizada por un conjunto de profesionales -arquitectos, ingenieros, juristas, sociólogos, geógrafos, artistas, etc.- que, sin orden de preferencia y bajo una dirección unitaria, colaboren en equipo aportando los conocimientos propios de sus respectivas especialidades y ello pone de manifiesto que la ciencia urbanística, en su estado actual, sobrepasa el ámbito específico de las titulaciones tradicionales hasta el extremo de haber dado lugar a la nueva figura profesional del urbanista con la consecuencia de que en principio no pueda adjudicarse de manera singularizada el patrimonio de una competencia exclusiva a ninguna de dichas profesiones tradicionales. ...”.

permanente necesidad de adaptación del planeamiento urbanístico a la realidad cambiante: “(...) *Y ello es así pues una concepción totalmente estática del urbanismo, en vez de dinámica y respetuosa con las futuras necesidades y conveniencias podría llevar a la negación del mismo, perpetuando ordenaciones obsoletas, erróneas o incluso perjudiciales al interés público y privado.*

(...)“*Más en concreto, en la STS de 20 de abril de 2011... declaramos: “La potestad para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística no es sólo una potestad, sino que constituye, además, un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso lo exijan,...*”.

Prueba fehaciente de ese dinamismo del sistema urbano es precisamente la irrupción del fenómeno del uso turístico intensivo de las viviendas, que ha dado lugar a fenómenos nuevos como la gentrificación²⁵ y la turistificación²⁶, que demandan adecuada respuesta de los poderes públicos y, por supuesto, del urbanismo a través del planeamiento, a cuyos efectos se hacen múltiples referencias, aludiendo por ejemplo a las secuelas del fenómeno en lo que atañe a la convivencia ciudadana o deterioro de la convivencia vecinal, a la masificación, sobreuso y degradación del espacio público, a la seguridad de personas y bienes, o al encarecimiento del alquiler ordinario en los centros urbanos en perjuicio de los residentes de condición más humilde, puestos en la tesitura de tener que desplazar sus vidas al extrarradio, la pérdida de identidad de los barrios, la conversión del centro de las ciudades en un parque temático, etc²⁷.

²⁵ ARROYO ALBA, M. Acceso a la vivienda en contextos de gentrificación y turistificación urbana, en *Tendencias sociales, Revista de sociología UNED*,4 (2019), p. 86. Desde una perspectiva sociológica, Arroyo describe el fenómeno destacando que “... *A grandes rasgos podemos definir la gentrificación como la «transformación de un área de clase trabajadora de la ciudad en una zona de clase media, para su uso residencial y comercial», teniendo lugar estos procesos en «áreas urbanas en la que la desinversión previa en infraestructuras ha generado vecindarios cuya renovación puede resultar muy lucrativa» (Sequera, 2015: 2). En lo que nos compete, el desplazamiento directo o indirecto de población como consecuencia del proceso se convierte en una característica fundamental para definirlo y describirlo. Si bien en cada territorio nos encontramos con características y elementos propios que lo distinguen, podemos encontrar patrones comunes y describir el proceso —clásico— de gentrificación en cinco fases: «abandono», «estigma», «regeneración», «mercantilización» y «resistencias» (Sorando y Ardura, 2016)”.*

²⁶ ESPINAR CORTÉS, E. Gentrificación y turistificación. Universitat de les Illes Balears (2018), p. 13. Espinar recoge en su trabajo una interesante definición: “*La turistificación es entendida como el concepto que se refiere al impacto que tiene sobre una comunidad local que la oferta, las instalaciones y los servicios del espacio se dirijan a cubrir las necesidades del turista en lugar de las necesidades de la población fija. Es decir, si en la gentrificación hablábamos de desplazar a una clase social en detrimento de otra; en la turistificación hablamos de desplazar a prácticamente todos los residentes de un espacio de gran interés turístico para satisfacer las necesidades de los turistas”, debiendo destacar que en este caso su conclusión respecto del fenómeno, al que también identifica como gentrificación 2.0, es claramente negativa: “... se puede concluir que la turistificación tiene más efectos negativos que positivos y es diferente de la gentrificación porque la gentrificación es inclusiva con la población residente, y al final, mejora la calidad del general de la población de la zona, pero la turistificación acelera el incremento del precio del alquiler, el cambio demográfico y crea tensiones vecinales que en muchos casos, pueden acabar por donde no debieran”.*

²⁷ No obstante, la visión del fenómeno de la gentrificación no es unánimemente negativa, sino que incluso se apunta como generadora de múltiples efectos positivos, como destaca, en este caso desde una visión académica turística Espinar (2018:11). “*La gentrificación ha sido vista desde sus inicios como un fenómeno*

En todo caso, lo que es indiscutible es la obligada intervención del planeamiento urbanístico para encauzar adecuadamente estos fenómenos minorando sus efectos negativos y explotando al máximo sus efectos positivos, sin que los poderes públicos tengan la más mínima posibilidad de permanecer al margen, pasivos, expectantes, pues se pondría en riesgo cierto y grave la sostenibilidad del sistema urbano y se comprometería la calidad de vida de todos los ciudadanos, y esa intervención es aún más obligada cuando de uso turístico de viviendas hablamos. La manera de llevarla a cabo es desde esa perspectiva multidisciplinar, global, integral y esa concepción holística del fenómeno urbano que se viene apuntando en párrafos anteriores.

2. La efectividad del derecho a la vivienda digna y adecuada como eje de la sostenibilidad del sistema urbano

Partiendo de la idea de que el modelo de desarrollo urbano que nuestra sociedad ha decidido impulsar no es otro que aquel que gira en torno al concepto de desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, tal y como viene proclamando la legislación de suelo en nuestro país, y que se traduce, según el artículo 3 del Texto refundido de la ley de suelo y rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre²⁸, en que las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo deben propiciar el uso racional de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, y ello con

negativo que excluye a las clases más desfavorecidas. La consecuencia social negativa existe, pero como hemos visto en menor proporción de lo que se ha podido pensar, sin embargo, la importancia y el ruido que ha tenido ha restado importancia a otras muchas consecuencias positivas que benefician enormemente a la sociedad: la gentrificación genera riqueza. Desde el punto de vista financiero, la gentrificación beneficia al espacio. Es un proceso de rehabilitación de inmuebles, rehabilitación de zonas públicas y privadas, rehabilitación de infraestructuras, mejora del transporte, mejora de la oferta recreativa y cultural, apertura de nuevos establecimientos, incentiva el consumo, crea puestos de trabajo, aumento en la recaudación de impuestos. La gentrificación mejora las oportunidades a largo plazo de las personas que deciden quedarse en el barrio. Las oportunidades económicas se ven mejoradas y con ello las oportunidades de optar a un mejor puesto de trabajo con un salario más alto. Además, la clase social que vivía desde el principio en el espacio no se encuentran aislados y tienen un mejor acceso a educación y oferta recreativa y cultural. Otro aspecto positivo de la gentrificación es la reducción de la criminalidad. Cuando la pobreza en el espacio se reduce y la seguridad en el barrio aumenta, la criminalidad del barrio también se ve disminuida”.

²⁸ El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 141/2014, de 11 septiembre. avaló la constitucionalidad de este tipo de determinaciones establecidas por el legislador estatal, introduciendo a la par importantes reflexiones sobre el contenido propio del principio de desarrollo sostenible y las diferentes políticas públicas y ámbitos competenciales que inciden sobre la propiedad del suelo : *Fj6 ... el Estado no está únicamente legitimado para enunciar sin más el principio de desarrollo sostenible, sino también para darle un contenido que opere como premisa y límite genérico de las políticas públicas específicas que implican regulación, ordenación, ocupación o transformación del suelo. Por ello, los números 13ª y 23ª del art. 149.1 CE amparan también la concreción del principio de desarrollo sostenible en objetivos, pautas y criterios generales, tal y como lleva a cabo el art. 2.2: protección de la naturaleza; del patrimonio cultural, del paisaje, preservación del suelo rural; ocupación eficiente del suelo; dotación suficiente de infraestructuras; combinación funcional de usos.”*

el objetivo, establecido en el artículo 1, de “asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Por lo tanto, el objetivo de desarrollo sostenible incluye como un elemento fundamental el derecho a la vivienda, que ha de ser digna y adecuada.

En el medio urbano, esas políticas públicas deben desarrollarse de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional²⁹.

El citado artículo 3, que lleva por rúbrica “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, culmina, y no por casualidad, con un mandato imperativo vinculado al derecho a la vivienda: *“El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia”*, lo cual resulta aún más llamativo si se tiene en cuenta que la enumeración de los objetivos que ha de alcanzar una ordenación urbana sostenible comenzaba también por la referencia expresa a la obligación de los poderes públicos de posibilitar el *“uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual”*.

²⁹ Para ello se establecen unos objetivos o metas en particular, de los cuales destacan aquí los siguientes:

a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, ...

b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.

c) Mejorarán la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentarán unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.

d) Favorecerán, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, ...

e) Garantizarán el acceso universal de los ciudadanos, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, a los edificios de uso privado y público y a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios.

f) Garantizarán la movilidad en coste y tiempo razonable, la cual se basará en un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte,...

g) Integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.

j) Valorarán, en su caso, la perspectiva turística, y permitirán y mejorarán el uso turístico responsable.

k) Favorecerán la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural...

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2014, de 11 septiembre, acredita la pertinencia de estas determinaciones no sólo por su vinculación con el derecho a la vivienda sino también con la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos: *“Finalmente, el párrafo 2º de ese mismo número, al conectar el uso residencial con el derecho a disfrutar de una vivienda digna, desarrolla y concreta un principio rector de la política económica y social que vincula a todos los poderes públicos ex art. 47 CE,.... Es más, en la medida en que de esa vinculación del uso residencial al derecho a disfrutar de una vivienda digna se deriva un sacrificio, carga o deber mínimo que se concreta más adelante en el art.10, conecta también con el estatuto básico del ciudadano y encuentra, igualmente, cobertura en el art. 149.1.1ª CE....*

Frente a esas determinaciones, tan claras y precisas, la referencia que el legislador estatal introduce respecto a la consideración del fenómeno turístico en la ordenación urbana es de carácter circunstancial, es decir, que la perspectiva turística estará presente, o no, en aquella ordenación, en función de las circunstancias concretas del ámbito territorial objeto de ordenación, de tal modo que en unos casos habrá lugar a la introducción del uso turístico en los núcleos urbanos ordenados y en otros supuestos no tendrá sentido incluir o prever ese uso turístico. Pero siempre deberá respetarse la regla básica de que la ordenación urbana está al servicio del derecho a una vivienda digna y adecuada, y que las viviendas previstas en la correspondiente ordenación han de destinarse preferentemente a un uso residencial permanente³⁰, pues el uso residencial previsto por la ordenación territorial y urbanística, debe insistirse en ello, está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y por lo tanto no podrá destinarse, cómo regla general, a ningún otro uso, y menos en virtud de la decisión unilateral del propietario o del legislador en materia turística que actúe al margen de los procedimientos reglados de ordenación urbanística. Dicho de otro modo, el uso turístico de viviendas será excepcional y habrá de habilitarse expresamente.

Pero el legislador no se queda ahí, sino que precisamente cuando aborda en el Título I del Texto refundido de la Ley de Suelo y rehabilitación urbana las *“Condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos”*, en concreto en su Capítulo I, *“Estatuto básico del ciudadano”*, proclama (art. 5.a) como el primero de los derechos del ciudadano, el derecho *“a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados”*.

³⁰ El propio artículo 2 del Texto refundido de la Ley de Suelo se ocupa de definir el concepto: *“Residencia habitual: la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año”*.

Continuando con la construcción de la estructura legislativa del modelo de desarrollo urbano sostenible, el citado Texto refundido de la ley de suelo establece los mecanismos adecuados, y mínimos, para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título preliminar y en el Título I, y entre ellos figura la obligación de las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística (art. 20.b³¹), de “*destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa*”³².

Es muy importante reseñar cómo el Tribunal Constitucional otorga el visto bueno constitucional a estas determinaciones cuantitativas de reserva de suelo para vivienda protegida pues no lo hace atendiendo exclusivamente al artículo 47 de la Constitución, sino también al ejercicio competencial de regulación de las bases y coordinación de la planificación económica general y, en concreto, del sector de la vivienda, y la delimitación del contenido del derecho de propiedad, STC núm. 141/2014 de 11 septiembre:

...En resoluciones anteriores, este Tribunal ya ha matizado el juego del art. 149.1.1ª CE en relación con el art. 47 CE, afirmando que este título competencial, de un lado, “faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales”, pero, de otro, “esta función de garantía básica, en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito”...

Por otra parte, también hemos aclarado que las facultades de dirección general de la economía del Estado ex art. 149.1.13ª CE permiten al Estado establecer normas básicas y de coordinación en el sector económico de la vivienda; esto es, líneas directrices, criterios globales de ordenación y acciones y medidas singulares necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación

³¹ La Disposición transitoria primera establece las reglas temporales para la aplicación de la reserva de suelo para vivienda protegida y una regla temporal excepcional.

³² El régimen jurídico de la reserva de suelo para vivienda protegida se completa en el citado artículo de la siguiente manera: “*Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.*

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximir las para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”.

del sector. En este sentido, es indudable que la reserva mínima de un 30 por ciento del suelo residencial de las actuaciones de urbanización es una línea directriz o criterio global de ordenación, que se basa en la idea de que las viviendas protegidas han de actuar como factor regulador del mercado de la vivienda, persiguiendo la consecución en este ámbito de ciertos objetivos, económicos y sociales; señaladamente, el garantizar el acceso de ciertas capas de la población a una vivienda digna y lograr una moderación o contención de precios, especialmente en los periodos alcistas del ciclo económico, asegurando la existencia de una oferta de viviendas de protección pública que limite y compita con la oferta de vivienda libre. Se trata, por tanto, de una medida normativa que tiene una incidencia clara en la actividad económica. Esta regulación encuentra cobertura, por tanto, en las competencias estatales exart. 149.1.13ª CE, sin que con ello se produzca invasión alguna de las competencias autonómicas.

...La regla de una reserva mínima de suelo residencial de la actuación para viviendas con régimen de protección pública se incardina también en el art. 149.1.1ª CE, que, en atención a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), consiente imponer, con ciertas salvedades, un sacrificio, carga o deber mínimo de igualdad que han de soportar los propietarios del suelo sujeto a urbanización y, en su caso, los empresarios que lleven a cabo la ejecución del planeamiento urbanístico. Es, por tanto, una condición básica tanto del derecho de propiedad (art. 33 CE) como de la libertad de empresa (art. 38 CE)”.

Por lo tanto, la legislación básica estatal de suelo y la doctrina constitucional que la avala, marcan claramente la imposibilidad de regímenes urbanísticos y/o turísticos autonómicos que permitan una implantación unilateral e indiscriminada del uso turístico de viviendas, entendiéndose por tal la no garantía de un porcentaje mínimo de reserva de viviendas para uso como residencia permanente o habitual, ya sea en propiedad o en alquiler, en una localización respetuosa con el principio de cohesión social, libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados, conforme a decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de la función pública de planificación urbanística, con todas las garantías de participación ciudadana: *“El urbanismo es una función pública, la ciudad –más ampliamente, el territorio, en el sentido que aquí importa, art. 1.º del Texto Refundido- es de todos y por tanto las decisiones relativas a sus características corresponden a los ciudadanos en general a través de los trámites que abren una vía a su participación y de las decisiones adoptadas por sus elegidos representantes.*

La decisión que es el Plan se adopta pues en atención al interés público³³ con independencia de cuáles sean las aspiraciones o expectativas de los propietarios de terrenos, aunque aquéllas hayan

³³ En esa línea véase la referencia de la STS 3842/2020 : *“Por su parte, en la STS de 12 de diciembre de 2014 (ECLI:ES: TS:2014: 5164, RC 3058/2012) --recordando las anteriores SSTs de 30 de octubre de 2013 (RC 2258/2010), 26 de julio de 2006 (RC 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (RC 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (RC 10055/2004), entre otras--, hemos insistido, en lo siguiente: “Las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen*

de ser contempladas después: si en un primer momento el «dibujo» del plan representa una desigualdad después del ordenamiento urbanístico arbitrará técnicas para su compensación» (STS de 7 de noviembre de 1988).

V. LA HABILITACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS

Conocidas las bases de la ordenación urbana procede un previo recordatorio de que el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria se integra por la interacción de la legislación estatal de suelo³⁴, de la legislación urbanística autonómica y de las disposiciones del planeamiento territorial y urbanístico, de tal modo que para conocer el régimen jurídico concreto aplicable a una determinada propiedad inmobiliaria, especialmente el uso al que puede destinarse el inmueble, es necesario acceder al contenido del correspondiente instrumento de planeamiento aplicable y, en concreto, al menos, a las determinaciones de clasificación y calificación que afectan a la propiedad en cuestión.

Tal y como señala el Texto Refundido de la ley del suelo de 2015 (art.12) *“El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien”. Se trata, por lo tanto, de una propiedad limitada y delimitada*³⁵: *“Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”.*

por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”.

³⁴ Así lo proclama el artículo 11.1 del Texto refundido de la ley de suelo y rehabilitación urbana: *“El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.*

³⁵ Otro ejemplo claro de ello es lo dispuesto por la Ley 4/2017 de 13 de julio del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias:

Artículo 26.- Delimitación del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. La clasificación, categorización, en su caso, subcategorización, y la calificación urbanística del suelo vincularán los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos, y concretarán su función social, delimitando el contenido del derecho de propiedad que recaiga sobre tales bienes.

Artículo 27.- Contenido urbanístico de la propiedad del suelo: derechos.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de usar, disfrutar y explotar los terrenos conforme a la clasificación, categorización, subcategorización y calificación de los mismos. También comprende la facultad de disponer, siempre que no lo sea con infracción, del régimen de formación de fincas y parcelas establecido por la legislación de suelo.

Artículo 28.- Contenido urbanístico de la propiedad del suelo: deberes.

1. El derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen a que esté sujeto por razón de su clasificación y categorización, comprende los siguientes deberes:

a) Destinar el suelo a los usos previstos por la ordenación o, en su caso, a los que sean compatibles con la misma.(...)

Tales preceptos no hacen sino recoger conceptos y reglas tradicionales en la legislación urbanística española y cuya función última la propia jurisprudencia se ha encargado de explicar de una manera precisa, pudiendo señalar al respecto la significativa sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988:”FJ 3. *“La clasificación y la calificación del suelo implican la atribución de una determinada calidad que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente. Este carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo así lícita la modificación de ésta, pues las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación vigente en cada momento”.*

En todo caso, todas las técnicas de intervención dependen del planeamiento urbanístico, que es el eje central sobre el que giran, como bien señala el FJ2 de la citada STS: *“El Plan es el concepto central del ordenamiento urbanístico. Con él se define el marco físico elegido para el desarrollo de la convivencia prefigurando por tanto qué transformaciones se van a introducir en la realidad de hecho. Nace, en consecuencia para ser ejecutado-... -pues en otro caso no pasaría de ser un «dibujo muerto». No puede por consecuencia el Plan desentenderse de la realidad de hecho existente a la hora de su formulación:...”.*

Ese protagonismo del planeamiento deriva del claro mandato legal de que *“La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste...”.* Por lo tanto, debe volver a insistirse en la idea de que no existe el derecho a un uso turístico de una vivienda o de otro inmueble si ese uso turístico no es atribuido o permitido por el planeamiento, como instrumento de expresión democrática de la identificación del interés general o colectivo a través de la pormenorización de usos, rechazando así la idea o punto de partida de que el planeamiento debe prohibir o limitar ese uso como si formase parte de modo natural del contenido del derecho de propiedad de un inmueble, en este caso de una vivienda.

Gran parte del problema deriva de la creciente deficiencia e imprecisión de la técnica normativa en nuestro país, donde, en muchos casos (especialmente en muchos planes urbanísticos obsoletos, del siglo pasado y del presente, pero aún vigentes) se engloba el uso turístico como perteneciente a un uso residencial, como una simple modalidad de éste, cuando son usos totalmente diferentes por sus requerimientos, consecuencias y régimen jurídico, y de ahí el gran acierto de las decisiones administrativas comentadas y avaladas jurisdiccionalmente de incluir el uso turístico como un uso terciario, de equipamiento, totalmente diferenciado del residencial. Por ello es necesario exigir aquí, en primer lugar, a los planes de ordenación territorial y especialmente a los urbanísticos un escrupuloso respeto al principio de buena regulación,

pues no en vano los planes urbanísticos gozan de la consideración de disposiciones de carácter general³⁶.

1. El protagonismo de la técnica de la zonificación

Podría pensarse que el principal o casi único protagonista respecto de la asignación de usos del suelo sería la técnica de la calificación, cuyo ejercicio corresponde casi siempre al planeamiento urbanístico, principalmente al Plan General en el suelo urbano y a los planes de desarrollo en el suelo urbanizable, tales como planes parciales y, en consecuencia, estos planes serían los únicos de interés aquí. Pero esa sería una visión simplista, ya que la propia legislación urbanística señala que ha de atenderse al resultado de la aplicación de la clasificación, categorización, subcategorización y calificación del suelo.

Además, a esas técnicas habría que añadir la de la zonificación, que está efectivamente muy relacionada con la delimitación de los usos admitidos, tanto en el ámbito legislativo como en el del planeamiento. En el primero encontramos múltiples ejemplos, como puede ser en la legislación de carreteras (zonas de dominio público, de servidumbre o de afección), de costas (zona marítimo-terrestre, zona de servidumbre de protección, de servidumbre de tránsito, servidumbre de acceso público y gratuito al mar, zona de influencia), de aguas (zona de servidumbre, zona de policía), zonas periféricas de protección de espacios naturales, etc., todos los cuales, debe insistirse en ello, conllevan una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos, especialmente limitaciones de usos.

³⁶ El Tribunal Supremo hace una llamada de atención en tal sentido en la Sentencia de 25/02/2021 núm.º 275/2021, Roj: STS 803/2021, que si bien se refiere a una ordenanza fiscal es trasladable a los instrumentos de planeamiento: *“La incorporación expresa, en nuestro ordenamiento jurídico, del principio de buena regulación supone un notable paso adelante, de cara a que la producción normativa respete un principio tal fundamental como es el de seguridad jurídica: Con respecto a éste hemos dicho en nuestra sentencia de 3 de junio de 2019 (rec. cas. 84/2018) que la STC 27/1981, lo describe como “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”, refiriéndose el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 46/1990 al mismo como “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...).”*

Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvable respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”.

Hoy es sentir común la profunda inseguridad jurídica e incertidumbre social provocada, entre otros factores, por la imprecisión de las normas jurídicas”.

Se trata de una técnica más habitual en las labores de ordenación del territorio y de espacios naturales protegidos³⁷ que en el ejercicio de la planificación urbanística, pero con directa y determinante influencia en ésta, y ya con cierta tradición en lo que a la cuestión turística se refiere.

En consecuencia, porque la zonificación se impone, limita y condiciona a las otras técnicas urbanísticas, es necesario llevar a cabo un minucioso examen de la misma, especialmente en lo que a la ordenación de los usos propiamente turísticos se refiere, pues la legislación autonómica comparada ofrece claros y significativos ejemplos de ella.

En tal sentido puede citarse la legislación urbanística de ambos archipiélagos españoles, sin lugar a dudas referentes en lo que a territorios turísticos por excelencia se refiere. En el caso de las Islas Baleares, la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, señala, p. ej. que la actividad urbanística incluirá el establecimiento de zonas de usos diferentes según la densidad de la población que las tenga que ocupar, determinando los parámetros urbanísticos correspondientes con criterios de ordenación generales uniformes para cada clase en toda la zona (art. 3.3.d), de forma tal que se comprueba la vinculación de la técnica de la zonificación con la delimitación de usos.

En el caso de las Islas Canarias, la zonificación es una función presente tanto para la ordenación del territorio³⁸ como para la ordenación turística³⁹.

³⁷ Un ejemplo se encuentra en el art. 108 Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y espacios naturales protegidos de Canarias en la zonificación establecida en los planes rectores de uso y gestión que podrán establecer zonas diferenciadas dentro del ámbito territorial del espacio protegido, que pueden ir desde la mayor restricción de usos en las zonas de exclusión o de acceso prohibido a la mayor permisividad de usos en las zonas de uso general o en las zonas de uso especial.

³⁸ Dicha función se reserva principalmente a los planes insulares de ordenación, tal y como indica el preámbulo de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias: “Los planes insulares de ordenación tendrán una función de..., de zonificación de usos globales del territorio...”.

³⁹ Es precisamente la legislación de ordenación turística de Canarias, Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias la que en su preámbulo vino a señalar un primer concepto de zona desde la perspectiva turística, territorialmente muy amplio y que serviría a la ordenación territorial supra-municipal de instrumento eficaz para la delimitación de usos en aquellos casos de afección entre municipios limítrofes: “La Ley alude también en ocasiones, a servicios que deben ser prestados en «zonas» o «núcleos» turísticos, cuyos conceptos no se identifican con el municipio turístico, pudiendo existir aquellos en municipios que no tengan este carácter. Además el «núcleo» representa un ámbito geográfico menor que el municipio: Un enclave concreto dentro de éste; y la «zona», un área más extensa que el municipio, empleando la Ley este último concepto allí donde parece oportuno que los servicios se comarcalicen o mancomunen”.

La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, introduce un nuevo concepto de zona turística: área limitada y reservada por el planeamiento para la localización e implantación de los usos turísticos.

En ambos territorios autonómicos la delimitación de determinadas zonas se vincula directamente a la restricción de la incorporación de nuevas plazas o establecimientos de alojamiento turístico, y ello por estrictas razones objetivas de sostenibilidad del modelo urbanístico.

En el caso canario, la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (art. 100.2) habilita a los planes insulares de ordenación para identificar aquellas zonas o núcleos de las mismas en las que no se deban permitir nuevos crecimientos turísticos ni residenciales⁴⁰ por ser incompatibles con el principio de desarrollo sostenible o tener el carácter de espacios saturados de acuerdo con los parámetros establecidos por la legislación turística y urbanística aplicable.

En el caso de las Islas Baleares, Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears se contempla el concepto de zona turística saturada o madura, definida como el ámbito territorial de la isla en el que se sobrepase el límite de oferta turística máxima que reglamentariamente se establezca, se registre una demanda causante de problemas medioambientales o que, por la obsolescencia de la mayor parte de las infraestructuras del sector turístico, se haya transformado en zona degradada o existan desequilibrios estructurales que impidan o dificulten un desarrollo competitivo y sostenible de la industria del sector turístico en la zona por la sobrecarga urbanística y ambiental, la sobreexplotación de recursos o la obsolescencia de sus equipamientos turísticos. En esa línea, el art. 5 de la citada Ley 8/2012, habilita a los planes de intervención en ámbitos turísticos (PIAT) y los planes territoriales insulares (PTI) para determinar también el límite máximo por isla de plazas turísticas en alojamientos turísticos y el límite máximo de plazas en viviendas residenciales susceptibles de ser comercializadas turísticamente, en función de los recursos insulares existentes, las infraestructuras, las densidades de población y otros parámetros relevantes de su ámbito.

Otro ejemplo importante de la legislación isleña sobre la necesidad y consecuencias de la zonificación es el referido a aquellas denominadas como zonas mixtas, entendidas como aquellas donde la presencia de edificaciones turísticas pueda producir, junto con otras residenciales o industriales, efectos aditivos que pongan en peligro la calidad turística de la zona. La introducción sin control de un uso turístico de viviendas ha generado de facto la aparición de esas zonas mixtas en ámbitos tradicionalmente residenciales: turistificación.

⁴⁰ Huelga decir que tal limitación debería alcanzar también al uso turístico de viviendas, ya se considere que éste constituye una modalidad alojativa turística o no, pues en todo caso afecta directamente a la capacidad alojativa de la zona en cuestión. Por lo tanto, el planeamiento de rango inferior debería necesariamente prohibir o excluir cualquier tipo de uso turístico de viviendas en garantía del éxito de la sostenibilidad y rehabilitación de esas zonas.

La visión de la doctrina respecto de la convivencia de los usos residenciales y turísticos suele ser ciertamente negativa⁴¹, como por ejemplo en Sola⁴²: *“Esta amalgama de usos dentro de una misma zona genera problemas de convivencia que afectan de manera especial a la población residente. En efecto, los residentes suelen tener un modus vivendi - hábitos y necesidades, horarios de trabajo y escolar, descanso nocturno, etc.- que no se compadece con las actitudes, los usos del espacio y, en ocasiones, con las pretensiones de diversión, sobre todo en horas nocturnas, que muestran muchos turistas durante las vacaciones, que lleva en ocasiones a provocar unos niveles de contaminación acústica insoportable para los primeros”*.

Pasando al plano específicamente urbanístico, la técnica de zonificación tiene cierto protagonismo en alguna normativa autonómica, como por ejemplo en Castilla La Mancha, en el Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto 248/2004, de 14-09-2004, que define como *“zona de ordenación urbanística (ZOU) aquella área de suelo que presenta un tejido urbano característico y diferenciado, por disponer de usos globales y tipologías edificatorias homogéneas que permitan identificarla con respecto a otras zonas complementarias de la ordenación urbana y que se conforma como un ámbito espacial de aplicación de una norma urbanística concreta”*. Respecto de su extensión teritorial y delimitación se especifica que *“En suelo urbanizable las ZOUs comprenderán uno o varios sectores. En suelo urbano compren-*

⁴¹ También acostumbra ser negativa para el legislador y no sólo desde la perspectiva de la sostenibilidad urbana sino desde la visión estrictamente turística, lo cual también es muy importante atendiendo al peso de ese sector productivo en nuestro PIB y en el empleo. Así lo señala la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de ordenación general y del Turismo de Canarias *“...resulta igualmente necesario abordar la mezcla de usos en las áreas turísticas consolidadas. La afición entre los usos turístico y residencial tienen su origen básicamente en los diferentes hábitos, horarios, actitudes y necesidades de los residentes y los visitantes y en el uso diferente que ambos colectivos hacen tanto del espacio edificado como del espacio urbano; pero también en la reiterada experiencia de la utilización turística irregular de las edificaciones destinadas a uso residencial, fuera del control y la garantía de calidad y servicio que constituyen el objetivo de la regulación turística. Por unas y otras razones, las Directrices consideran que se debe evitar el uso mixto, por el deterioro que la situación causa en la oferta turística, revisando los instrumentos de planeamiento que permiten ambos usos en un mismo ámbito o sector, con el fin de especializar integralmente los espacios en uno u otro destino”*.

Es claro que el planificador, territorial, urbanístico o turístico, al usar la técnica de la zonificación no puede permanecer ajeno a los criterios de carácter económico y social, debiendo escoger aquellos usos del suelo que proporcionen una mayor rentabilidad en tales aspectos, es decir, aquellos usos que generen más empleo directo y de mayor calidad, una actividad económica más rentable y fiscalmente más atractiva para el interés general, en el sentido de que genere una mayor redistribución de los recursos obtenidos vía impuestos, la creación de mayor empleo indirecto a través de las actividades económicas colaterales o vinculadas, etc. Se trata, por lo tanto, de asumir que la ordenación del territorio y el urbanismo tienen claras connotaciones y repercusiones de carácter económico y social que deben ser igualmente ponderadas que las de carácter territorial y ambiental buscando un equilibrio entre todas esas facetas. El Tribunal Constitucional insiste en esa línea cuando recuerda en su sentencia 42/2018, de 26 de abril, que *“...el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015 “invoca el principio constitucional de la utilización de los recursos económicos y naturales conforme al interés general (arts. 47 y 128.1 CE) como fin u objetivo común y de carácter general para todas las políticas que tienen incidencia sobre el suelo, proclamando, además, como directriz de esas políticas el principio de desarrollo sostenible”*.

⁴² SOLA TEYSSIERE, J., La necesidad de un tratamiento diferenciado del suelo de uso turístico, Revista de urbanismo y edificación, núm. 15 (2007), p. 104.

derán ámbitos espaciales, continuos o discontinuos, pudiendo integrar tanto solares como unidades de actuación en una misma zona". Con tales disposiciones se comprueba su utilidad para ordenar el uso turístico de viviendas pues el planeamiento tiene amplio margen de delimitación en función de las características del ámbito territorial correspondiente y su finalidad es precisamente ultimar el régimen urbanístico de cada zona.

En la misma línea se había pronunciado la Generalitat Valenciana mediante el Reglamento de Zonas de Ordenación Urbanística de la Comunidad Valenciana aprobado por la Orden de 26 de abril de 1999, del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, que considera *"zona de ordenación urbanística a un área que presenta un tejido urbanístico característico y diferenciado. Constituye el ámbito de aplicación de una determinada normativa urbanística"*. Respecto de su configuración, sus disposiciones son menos flexibles: *"Todas las zonas de ordenación urbanística se configuran mediante la integración de 3 variables urbanísticas: un sistema de ordenación, una tipología edificatoria y un uso global."*

En cuanto a su aplicación práctica puede citarse, entre otros, el Plan especial urbanístico (PEU) para la regulación de las viviendas de uso turístico (VUT), aprobado por acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 1 de abril de 2016 al que se refiere y valida la STS de 26/01/2021, ECLI:ES:TS:2021:210, y que utiliza la figura de la zonificación a una escala territorial menor, de barrio o manzana:

"Y para intentar corregir tales problemas y con los objetivos, tanto inmediatos como estratégicos, antes indicados se adoptan una serie de medidas que permitan el control territorial de la implantación de nuevas VUT mediante la utilización de diversos parámetros de densidad máxima (v.gr., la proporción existente por manzana entre las VUT censadas en relación con las viviendas de uso residencial o la proporción existente entre población flotante y residente), efectuando una distribución por zonas o barrios en la que, además de aquellos parámetros y del número y distribución de VUT existentes en los distintos barrios, manzanas y edificios, se tienen en cuenta factores tales como la presión turística en las diversas zonas, las características urbanísticas del tejido urbano que acoge dicha afluencia (v.gr., si se trata de barrios históricos con calles estrechas y escasos espacios públicos) o la tipología arquitectónica de los edificios. A partir de estos elementos, se establece una graduación de limitaciones para la implantación de las VUT entre estas diversas zonas que tiene en cuenta y conjuga todos estos factores que se explicitan y detallan debidamente en la Memoria. Se configuran, así, un total de seis grados aplicables cada uno de ellos a las seis zonas homogéneas que en el plan se describen y que se delimitan en función de las características antes mencionadas".

Lo más importante es el enorme valor que tiene el pormenorizado análisis en la memoria del plan de los criterios a aplicar para delimitar las zonas, la justificación de su correcta aplicación y la racionalidad del resultado final en cuanto a la homogeneidad de las situaciones y circunstancias presente en cada una de las zonas, lo cual

a su vez permitirá superar el examen jurisdiccional del diferente régimen urbanístico establecido para cada una de las zonas y sus limitaciones⁴³.

En el caso de la STSJ de Madrid 14/2021, Roj: STSJ M 2/2021, la zonificación del Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje se traduce en el establecimiento de tres anillos en los que se pormenoriza el ámbito del PEH. Estos anillos presentan comportamientos relativamente homogéneos, tanto en su regulación vigente como en la presión sobre el uso residencial y presentan también diferencias entre uno y otro anillo. También introduce un segundo parámetro novedoso que es la condición de uso existente del edificio, El resultado de superponer estos dos nuevos parámetros -anillos y uso existente- y los dos que ya utiliza el planeamiento vigente -niveles de uso y niveles de protección-, es lo que permite discriminar las condiciones para la implantación del uso de hospedaje en parcelas residenciales. Según reza la propia memoria del Plan especial, *“La regulación propuesta renuncia a generalizar ninguna forma de implantación, incidiendo en la regulación diferenciada en función de los factores que componen su zonificación. En el Anillo 1, la situación mayoritaria será directamente la no viabilidad de la implantación, que afecta a más de la mitad de las parcelas. En los otros dos anillos, el modo de implantación mayoritario será mediante un Plan Especial cuyo objeto será el control ambiental. Ese Plan Especial incorpora un segundo objeto en edificios protegidos: el control del impacto de las obras sobre los elementos protegidos”*.

Es notoria, por tanto, la excepcional importancia que la técnica de la zonificación tiene sobre la habilitación de usos turísticos en el territorio, que va a limitar y a condicionar las determinaciones que podrían introducirse por el resto de técnicas de planificación urbanística o de ordenación territorial y, por lo tanto, debe impul-

⁴³ En ese sentido la STS citada señala: *“Para ello, la Memoria analiza, con pormenorizado detenimiento, la evolución del aumento progresivo de dichas viviendas en el municipio de Barcelona - fundamentalmente en la zona cuestionada por los recurrentes (Ciutat Vella) en la que se detiene con especial detalle-, su impacto en la convivencia con los residentes habituales -debido a la difícil compatibilidad de ambas formas de vida, la que genera la dinámica turística y la de los residentes habituales-, así como en los precios de la vivienda en compra y en alquiler, todo ello con apoyo en abundantes datos cuyas fuentes se referencian -y no se cuestionan por los recurrentes-. Asimismo, se refiere y detalla la incidencia de todos estos factores en la progresiva alteración de la vida de los barrios y en la generación del fenómeno antes aludido de la “gentrificación”*.

... De entre estas zonas la Memoria hace especial hincapié (apartado 3.2) en la denominada Ciutat Vella (ZE0), a la que se refieren las alegaciones de los recurrentes, que es aquella en la que se establece un grado mayor de limitación para la implantación de las VUT. Se explica en la Memoria la fuerte presión turística que esta zona recibe desde hace unas décadas que ha determinado la proliferación de VUT, siendo la zona que reviste la máxima concentración de estas viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona. Que esta situación viene ocasionando problemas de convivencia debido a su incompatibilidad con la vida cotidiana del barrio, así como una disminución del parque de viviendas disponibles para residencia habitual y un aumento de los precios de la vivienda que supera las posibilidades de los residentes habituales que se ven forzados a abandonar su barrio, produciéndose una degradación de la calidad ambiental de los espacios públicos. Esta situación -se continúa explicando- ya había sido abordada en anteriores Planes de usos que afectaban a esta zona (de 2005 y de 2010, modificado en 2013), en los que ya se establecieron diversas limitaciones para la ubicación de las VUT en Ciutat Vella que ahora en este Plan se mantienen y completan, extendiéndose algunas de ellas al resto de los barrios de la ciudad”.

sarse el desarrollo y regulación de esta técnica en todas las legislaciones territoriales y urbanísticas autonómicas.

2. Clasificación, categorización y calificación urbanísticas: el suelo turístico

Clasificación, categorización y, en su caso, subcategorización, son tres versiones de una misma técnica urbanística tradicional en nuestro derecho, que ostentan un protagonismo esencial en la delimitación del contenido del derecho de propiedad de los inmuebles. En tal sentido es importante recordar nuevamente su carácter instrumental, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la número 61/1997 o la 164/2001, en las que se indica que la clasificación (lo cual debe extrapolarse a categorización y subcategorización) del suelo constituye un instrumento técnico indispensable para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana⁴⁴.

Una primera característica que debe destacarse de este tipo de técnicas es su habitual carácter cerrado, es decir, que las diferentes clases, categorías y subcategorías suelen constituir un *numerus clausus* al venir predeterminadas por la legislación urbanística, de tal manera que el planificador no puede aplicar otros tipos más que aquellos predeterminados por la ley, y eso las va a distinguir de la técnica de la calificación a la que posteriormente se hará la debida referencia. En este sentido es ilustrativo lo que afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997 para distinguir las: *“la jurisprudencia distingue la “clasificación” de la “calificación” de los terrenos al estar regidas por criterios distintos, apareciendo la primera sujeta a una técnica “numerus clausus” y la segunda se inspira por el contrario en un sistema de “numerus apertus”, sin tipificación legal de categorías, pues es la imaginación del planificador la que inventa los tipos tanto en su denominación como en su contenido”*.

Una segunda característica que distingue aquellas técnicas de la de la calificación es la que se refiere al carácter reglado o discrecional de su aplicación. Respecto de la clase de suelo urbano no ha lugar a ninguna duda de su carácter reglado, Sentencia Tribunal Supremo de 1 febrero 2011, RJ 2011\511: *“Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento...”*.

Para la clase de suelo urbanizable aumenta el grado de discrecionalidad del planificador urbanístico, pero dentro de unos márgenes de decisión bastante estre-

⁴⁴ Como ejemplo, en el caso de las Islas Canarias, la citada Ley 4/2017 incluye la clásica referencia a que *“La clasificación, categorización, en su caso, subcategorización, y la calificación urbanística del suelo vincularán los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos, y concretarán su función social, delimitando el contenido del derecho de propiedad que recaiga sobre tales bienes (art. 26)”*.

chos en comparación con lo que ha sido la tradición urbanística española, y ello porque se introducen directamente por la propia legislación una serie de determinaciones o reglas que hacen de la clasificación de suelo urbanizable una actividad pseudo-reglada y con límites claros a la discrecionalidad⁴⁵.

El carácter reglado de las decisiones del planificador vuelve a aparecer con fuerza respecto de la aplicación de determinadas categorías del suelo rústico o no urbanizable⁴⁶.

Pero el aspecto más importante aquí es el relativo al carácter determinante que la presencia del uso turístico va a tener respecto de la aplicación de estas técnicas urbanísticas, especialmente en lo relativo a las limitaciones a la clasificación de suelo con destino turístico en algunas legislaciones autonómicas, lo que pone de manifiesto que la introducción del uso turístico en el territorio no resulta inocua ni irrelevante, puesto que condiciona y determina el modelo de ordenación elegido.

Así, siguiendo con el ejemplo canario, la Ley 4/2017 LSENPC, proclama ya en su preámbulo la intención de continuar con la práctica prohibición de clasificar nuevo suelo con destino turístico, *“Simplificar, racionalizar y renovar el marco normativo sobre el suelo no implica ni exige la vuelta atrás sobre decisiones que afectan al territorio y que, por su trascendencia y consolidación en nuestra cultura territorial, bien pueden calificarse de estructurales.*

⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley 4/2017 LSENPC establece que la clasificación de suelo urbanizable lo será como ensanche, en contigüidad y extensión, sin solución de continuidad alguna, con suelo urbano existente, aunque, con carácter excepcional, el planeamiento general podrá prever suelo urbanizable aislado para usos no residenciales, cuando resulte inviable su localización en extensión y contigüidad con suelo urbano por razones ambientales o demandas sociales, siempre y cuando lo permita el planeamiento insular. Además, no podrá clasificarse suelo urbanizable en extensión de asentamientos rurales y agrícolas.

Otra regla estricta señalada por aquel precepto es la de que la extensión a clasificar se habrá de justificar en función del crecimiento poblacional y la superficie edificada para los distintos usos en los últimos diez años, así como, en el mismo periodo, la extensión y capacidad de los suelos urbanos y urbanizables clasificados por el planeamiento anterior y su grado de desarrollo y ejecución. Por otro lado, el suelo urbanizable ha de clasificarse o dividirse en diferentes sectores, los cuales habrán de tener características físicas y urbanísticas homogéneas, y su perímetro deberá estar delimitado por situaciones de planeamiento existentes, por sistemas generales de comunicación, por espacios libres o por elementos naturales o artificiales preexistentes.

⁴⁶ *“Sentencia Tribunal Supremo de 10 julio 2012, RJ 2013\2346:”* *“Acerca del carácter reglado- discrecional en la clasificación del suelo no urbanizable según el régimen jurídico previsto en el artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), existe una consolidada jurisprudencia que distingue según se trate de (1) suelo no urbanizable común o por inadecuación al desarrollo urbano, o (2) de suelo no urbanizable merecedor de protección especial, declarando que cuando concurren circunstancias o están presentes valores que hacen procedente y preceptiva la clasificación del terreno como suelo no urbanizable de protección especial, en tal caso no es potestad discrecional, sino reglada, por lo que resulta obligada su protección”.*

... así como la práctica prohibición de clasificar nuevo suelo con destino turístico. Estas determinaciones estructurales permanecen intangibles, y son asumidas e incorporadas por esta norma⁴⁷”.

Lo que se pone de manifiesto es que la presencia del uso turístico va a actuar como detonante de una intervención mucho más estricta del legislador respecto de la clasificación de suelo, de tal modo que en estos casos ya no solo tiene carácter reglado, sino que esa reglamentación tiene un carácter eminentemente restrictivo, e incluso en algunos casos excluyente, y ello por múltiples razones, presentes en todas las exposiciones de motivos y preámbulos de las diferentes normas, y que van desde lo estrictamente ambiental hasta lo socioeconómico, pero que en todo caso son una exigencia de la sostenibilidad del sistema urbano y territorial⁴⁸. Es decir, tomando

⁴⁷ Esa declaración programática viene de lejos, puesto que está ya presente en las Directrices de Ordenación Turística aprobadas por la ley 19/2003 de 14 de abril, cuya DOT 7.2.a proclamaba que *“La extensión territorial del uso turístico deberá atemperarse, actuando exclusivamente sobre las áreas ya clasificadas con destino turístico, sin admitir la nueva clasificación de suelo urbanizable con dicho destino y reorientando las iniciativas hacia la rehabilitación del espacio turístico consolidado y la renovación de la planta alojativa existente, ordenando e incentivando el tránsito hacia la nueva orientación”*.

La Memoria de las DOT justificaba tal determinación en estos términos: *“Los criterios que definen el modelo comienzan estableciendo su carácter limitado, basado en el freno a la extensión territorial, el crecimiento de la oferta condicionado al aumento del valor del destino y al objetivo de renovación, así como a la disponibilidad de infraestructuras y servicios y a la capacidad insular de carga, la orientación de la actividad turística hacia el desarrollo social y económico de Canarias y la mejora de la calidad de vida de su población, el incremento de la sostenibilidad de los establecimientos turísticos y la profesionalización de la gestión turística*.

La Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo siguió esa línea de restricción a las potestades del planificador urbanístico señalando que *“...se mantiene la prohibición de clasificar nuevos suelos urbanizables con destino turístico, si bien la misma se flexibiliza desde una doble perspectiva. En primer lugar, se permite la reclasificación de suelos siempre que simultáneamente se proceda a la desclasificación de suelo turístico en igual o mayor proporción. Y en segundo lugar, se permite la reclasificación como consecuencia de operaciones de reforma interior que ocasionen un traslado de ubicación de instalaciones hoteleras ya existentes. En todo caso, el saldo neto del suelo edificable se mantiene, ...”*.

La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias muestra una vez más la decisión firme del legislador autonómico de restringir la incorporación de nuevo suelo (urbanizable) con destino turístico, y ello por razones medioambientales, pero incorporando nuevas o diferentes excepciones a la regla general de no crecimiento de la planta alojativa.

Por su parte, la Ley 14/2014, de 26 de diciembre, de Armonización y Simplificación en materia de Protección del Territorio y de los Recursos Naturales, suavizó mínimamente las restricciones, modificando el artículo 12 de la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de Medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.

⁴⁸ Otro ejemplo, referido en este caso no a las clases de suelo sino a las categorías de suelo rústico, es el presente en el artículo 69 de la LSENPC, puesto que en el suelo rústico de asentamiento rural se permiten los usos turísticos en edificaciones preexistentes, de acuerdo con lo que disponga la legislación sectorial, mientras que en el suelo rústico de asentamiento agrícola están reservados los usos turísticos a los establecimientos de turismo rural. De este modo se comprueba que el legislador opta por limitar la tipología o modalidad de los establecimientos turísticos en función de la categoría de suelo rústico de que se trate, y ello sobre la base compatibilidad de los mismos con los usos y determinaciones propios de dicha categoría, de modo que, por ejemplo, en los asentamientos agrícolas no será posible implantar el uso de vivienda vacacional al igual que tampoco será posible explotar otro tipo de establecimientos alojativos turísticos (salvo

como referencia lo dispuesto por las Directrices de ordenación del turismo de Canarias, que “Toda decisión de ocupación de suelo con destino turístico requiere ser establecida y fundamentada técnicamente en la capacidad de carga de la zona turística afectada, entendida como el conjunto de factores que permiten el uso turístico de una zona sin un declive inaceptable de la experiencia obtenida por los visitantes, una excesiva presión sobre los recursos turísticos de la misma, una alteración ecológica, territorial y paisajística inaceptables, ni una afección excesiva sobre la sociedad residente, y disponiendo de los equipamientos, servicios e infraestructuras generales precisos para el desarrollo de la actividad y de la población de servicios que demande”.

Trasladado ese criterio a lo que aquí se trata, no parece concebible la compatibilidad de un modelo de desarrollo territorial sostenible con una normativa (exclusivamente turística, civil o urbanística) que permita la irrupción de nuevos usos turísticos sin límite o condicionante alguno, y al margen de cualquier tipo de planificación y su correspondiente evaluación ambiental estratégica, en los diferentes suelos urbanos, urbanizables o incluso rústicos, cómo ha sucedido con ocasión de la inmensa mayoría de las regulaciones autonómicas relativas a las viviendas vacacionales o turísticas.

Específicamente, la habilitación del uso turístico de viviendas en un determinado ámbito debe ser una excepción, y deberá también ir avalada por el correspondiente estudio de determinación de la capacidad de carga (o límites de cambio aceptable, o indicadores de sostenibilidad⁴⁹, o todos ellos conjuntamente), que evalúe, entre

turismo rural), sin que ello suponga una discriminación arbitraria ni para unos ni para otros sino todo lo contrario, pues se trata de una determinación de ordenación territorial y urbanística destinada a preservar los valores propios de dicha clase y categoría de suelo sin desvirtuarlos o ponerlos en riesgo, optando por las actividades que se correspondan con la naturaleza de las fincas y excluyendo otros usos extravagantes o impropios de aquella.

⁴⁹ Un buen ejemplo lo encontramos en el Sistema municipal de indicadores de sostenibilidad con el referido al equilibrio entre actividad y residencia, que “se define como la relación entre los usos no residenciales (superficie construida de uso terciario/comercial/productivo) y el número total de habitantes”. Su relevancia deriva de que permite “Valorar la mezcla de funciones y usos urbanos en un mismo espacio urbano residencial. Esta mezcla genera patrones de proximidad para mejorar la autocontención laboral, evitando así desplazamientos motorizados, y la proximidad de los residentes a los servicios básicos de uso cotidiano. La reserva de espacio para locales comerciales, oficinas u otros usos relacionados con la actividad es esencial para poder acoger una determinada densidad de actividad y, por tanto, de aumentar la probabilidad de intercambio y contacto entre personas jurídicas. Los sectores mono funcionales, tanto residenciales como de actividad (grandes superficies comerciales), generan un alto número de desplazamientos en vehículo motorizado. La calle se configura como conector de actividades laborales, de ocio y de residencial. La presencia de actividades de forma continua favorece la creación de trayectorias peatonales atractivas y seguras entre puntos de atracción de la ciudad”.

Otros indicadores también son útiles, como el referido a la satisfacción de los ciudadanos con la comunidad local, que “expresa el grado de satisfacción ciudadana mediante el porcentaje de ciudadanos satisfechos o insatisfechos en relación con su ciudad, de forma general y con respecto a determinados aspectos del municipio: vivienda, servicios, enseñanza, seguridad, zonas verdes, etc.”, y sin lugar a dudas también el referido a la densidad de población, especialmente el subindicador referido a la densidad de población total (hab/ha): [(población de derecho (empadronada)+población flotante (número de turistas))/suelo urbano municipal].

otras, la capacidad social (efectos sobre la población residente, sobre sus condiciones urbanas, habitacionales, de mercado de trabajo y de entorno cultural, así como su afección a los servicios educativos, sanitarios y de bienestar social disponibles) e incluso la propia capacidad de carga turística (número máximo de personas que pueden visitar un lugar turístico sin dañar el medio físico, económico o sociocultural, y sin reducir de manera inaceptable la calidad de la experiencia de los visitantes)⁵⁰. Tan solo si el resultado de esa previa evaluación es favorable podrá admitirse y a autorizarse el uso turístico de viviendas.

Por todas estas razones, han sido y son múltiples las voces autorizadas que reclaman un tratamiento urbanístico singular y especializado respecto de los suelos de uso turístico, y ello con la finalidad de alcanzar el necesario equilibrio del uso turístico, puesto que al igual que ha permitido un desarrollo económico y social sin parangón en muchos territorios, no es menos cierto que el modelo tradicional de implantación de ese uso turístico, tanto en España como en otros muchos territorios, ha generado múltiples problemas de carácter ambiental, territorial, cultural, social y convivencial⁵¹, de modo tal que se ha formulado la paradoja del uso turístico: el uso turístico puede llegar a hacer desaparecer el uso turístico.

Pero lo que más importa destacar aquí es la tradicional ausencia de un tratamiento específico, desde la perspectiva urbanística, del suelo con destino turístico, que tenga presentes las diferentes necesidades de desarrollo del suelo para este tipo de usos y las diferentes externalidades y consecuencias que se producen como consecuencia de la implantación de actividades propiamente turísticas. Un ejemplo de ello es que frente a la decisión del legislador canario de establecer diferentes estándares en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable según se trate de suelo cuyo destino sea predominantemente residencial, de suelo turístico o de suelo con destino industrial o dedicado a actividades del sector económico terciario (art. 138 Ley 4/2017), el legislador balear sigue tratando del mismo modo los ámbitos de uso predominante

https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/medio-ambiente-urbano/SISTEMA_MUNICIPAL_INDICADORES_SOSTENIBILIDAD_tcm30-181856.pdf

⁵⁰ El indicador referido a número de turistas extranjeros por habitante es de uso común pues “permite evaluar la presión que ejerce el turismo. Una alta proporción de turistas extranjeros por habitante conlleva una mayor necesidad de recursos, una mayor degradación del medio y una superior generación de residuos. La relación turistas/residentes es útil para medir la calidad de vida de éstos últimos”.

<https://medioambiente.jcyl.es/web/es/planificacion-indicadores-cartografia/numero-turistas-extranjeros-habitante.html>

⁵¹ Las causas de ese fenómeno son múltiples y diversas, pero deben destacarse algunas de ellas que resultan especialmente significativas. Entre ellas ha estado la perspectiva economicista, individualista y parcial de los diferentes desarrollos urbanísticos-turísticos, muy vinculados a la rentabilidad propia del negocio inmobiliario y bastante ajenos a una perspectiva netamente turística, desarrollándose además esa actividad al margen del más mínimo planeamiento territorial que velase por el interés supramunicipal y territorial del espacio turístico, pues si algo es incuestionable es el valor esencial de la actividad turística para la economía, la fiscalidad y el empleo tanto en el ámbito local como regional y nacional.

residencial que los de uso turístico (art. 43 Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears).

Todo ello nos conduce a la decisión final del planificador urbanístico, la asignación de usos pormenorizados mediante la técnica de la calificación, respecto de la cual, como ya se anticipó, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997 había dicho que *“se inspira por el contrario en un sistema de “numerus apertus”, sin tipificación legal de categorías, pues es la imaginación del planificador la que inventa los tipos tanto en su denominación como en su contenido”*.

Tal afirmación debe ser hoy en día muy matizada, en el sentido de que el margen de discrecionalidad del planificador a la hora de calificar el uso turístico de viviendas como residencial ha desaparecido fruto de las decisiones judiciales, debiendo ahora atender a la anteriormente expresada exigencia de seguridad jurídica, que demanda claridad y exige evitar la generación de situaciones objetivamente confusas. Veamos ahora cuales con esos límites jurisprudenciales.

En palabras del Tribunal de Justicia de la UE, la actividad 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, tanto con carácter profesional como no profesional, ejercida a título individual por una persona jurídica o por una persona física, está comprendida en el concepto de «servicio», en el sentido del artículo 4, punto 1, de la Directiva 2006/123, servicio que entraría en la categoría de los servicios relacionados con los inmuebles, así como los relacionados con el turismo. Por lo tanto, si es un servicio, que lo es, en ningún caso podrá incluirse ni calificarse como un uso residencial de ningún tipo. Deberá englobarse en la categoría correspondiente a los diferentes servicios asimilables a aquel, puesto que es precisamente esa consideración del uso turístico de viviendas como servicio lo que permite la permanente invocación de la Directiva 2006/123 para amparar la viabilidad de su ejercicio.

Por su parte, para el Tribunal Supremo, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las viviendas de uso turístico como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se presenta como razonable.

Ese razonamiento toma como base que el uso residencial da respuesta a las necesidades de vivienda de la población y se dirige a satisfacer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y se caracteriza por desarrollarse en los edificios destinados al alojamiento estable y permanente de las personas, sin que estas características de estabilidad y permanencia puedan predicarse de los ocupantes de las viviendas de uso turístico, que son consideradas como viviendas que se ofrecen o comercializan como alojamiento temporal, en las que late lo transitorio y circuns-

tancial, por motivos turísticos o vacacionales. Por esa razón encajan en el uso equipamental, que cuenta con una connotación distinta, ya que el mismo comprende las actividades destinadas a dotar al ciudadano de los servicios necesarios para su esparcimiento, educación, enriquecimiento cultural, salud, asistencia, bienestar y mejora de la calidad de vida.

Por lo tanto, nuevamente, debe decirse que en ningún caso el uso turístico de viviendas podrá incluirse ni calificarse como un uso residencial de ningún tipo, y deberá calificarse en cualquier otra categoría tal como equipamiento, terciario, hospedaje u otra similar y adecuada fruto de la imaginación del planificador.

Por otro lado, según el mandato del legislador estatal, el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo de acuerdo con el interés general en su artículo 47, por lo que la habilitación del uso turístico de viviendas tendrá carácter excepcional, frente al ordinario de destinar las viviendas a residencia habitual, y tendrá que venir avalado por los correspondientes documentos urbanísticos (básicamente la memoria del correspondiente plan) y ambientales (estudio ambiental estratégico, estudio de capacidad de carga, etc.). Por lo tanto, el planificador, a la hora de establecer la correspondiente ordenación de usos pormenorizados, calificación, está limitado y constreñido por esos imperativos legales y constitucionales, y sólo podrá acceder al uso turístico de viviendas cuando en el correspondiente ámbito territorial esté debidamente cubierto el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Atendiendo a que uno de los principios básicos de buena regulación es aquel que exige que cualquier iniciativa normativa se ejerza de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas, es exigible de los legisladores autonómicos, como competentes en materia de legislación turística, así como de los planificadores territoriales y urbanísticos, una correcta definición y utilización de los conceptos. En ese sentido, recordar, como bien hace el TSJ del País Vasco de 11/06/2019 (Roj: STSJ PV 2007/2019 - ECLI: ES:TSJ-PV:2019:2007), que existe una importante legislación sobre vivienda, que define aquello que debe considerarse como vivienda, algo totalmente ajeno al uso turístico: *“...y en el cumplimiento del derecho subjetivo a la vivienda en los términos de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, que conceptúa la vivienda como domicilio, morada u hogar estable en el*

que sus destinatarios o usuarios puedan vivir con dignidad, salvaguardar su intimidad y disfrutar de las relaciones familiares o sociales teniendo derecho legal a su ocupación y utilización (art.1) y le asigna el cumplimiento de la función social que dicha definición entraña (art.4)⁵².

En esa línea, la ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias, su artículo 1.2 destaca que *“En materia de vivienda, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico en coherencia con la función social que debe cumplir, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda en los términos contemplados en la legislación vigente”*⁵³.

Por lo tanto, la implantación de un uso turístico en tales inmuebles, al menos en los casos de uso permanente o principal, debería conllevar la supresión de la con-

⁵² Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho uso del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para proteger el derecho fundamental al respeto del domicilio frente a las inmisiones no tolerables, de tal modo que *“el disfrute efectivo del derecho al respeto del domicilio requiere que el Estado adopte todas las medidas razonables y adecuadas necesarias para proteger a las personas de daños graves a su entorno (Tătar c. Rumanía, § 88) “y “el Estado debe lograr un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego (Fadeieva c. Rusia, § 93; Hardy y Maile c. Reino Unido, § 218)”*.

“Cuando tales molestias van más allá de las dificultades ordinarias entre vecinos (Apanasewicz c. Polonia, § 98) pueden afectar al disfrute pacífico del domicilio, ya sean causadas por particulares, actividades comerciales u organismos públicos (Martínez Martínez c. España, §§ 42 y 51). Si se alcanza el nivel de severidad requerido, las autoridades, debidamente informadas sobre las molestias, deben adoptar medidas diligentes para garantizar el respeto del derecho al disfrute pacífico del domicilio (Mileva y otros c. Bulgaria, § 97”.

Tribunal Europeo de derechos Humanos. Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf

⁵³ Dicho precepto fue objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 2018, cuyo fallo declara que el artículo 1.2 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias es conforme a la Constitución, interpretado de acuerdo con el fundamento jurídico 5 a) de dicha Sentencia:

“5... En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber «forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad» y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el Abogado del Estado.

...Así, en el fundamento jurídico 17 de la tantas veces citada STC 16/2018 argumentamos lo siguiente: «A diferencia de lo sostenido en la demanda, este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones ...

... aunque este precepto contiene una restricción relevante para el titular del derecho de propiedad, el legislador, como explica la exposición de motivos de la norma, la adopta «en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

sideración de vivienda de tales inmuebles, sustituyendo tal término por otro más adecuado y que no genere confusión, como bien podría ser el tradicional de apartamento turístico, villas, bungalós, etc. estableciendo las subcategorías que se consideren oportunas (residencial, de temporada, unifamiliar, aislado, colectivo, urbano, rural, histórico...). Un ejemplo de lo condicionados que se han sentido los gobiernos autonómicos, llegando a producir conceptos y términos de difícil distinción, conocimiento y comprensión por las personas y empresas, lo encontramos en el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, pues como se comprueba en su propio título la confusión de términos es total.

No obstante, debe advertirse que todas estas limitaciones y pautas de actuación no impiden al planificador establecer determinaciones que permitan la implantación del uso turístico responsable, integrando en el tejido urbano el uso turístico, en la modalidad que se considere adecuada, cuando resulte compatible con la función residencial.

Para viabilizar tal implantación el planificador usará las clasificaciones de usos que estime pertinentes, pero siempre respetando los criterios y límites expuestos en los párrafos anteriores. En tal sentido, si se toma como referencia la clasificación del PGOU de Madrid⁵⁴, distinguirá entre usos cualificados, compatibles (asociados, complementarios, alternativos) autorizables, provisionales y prohibidos. En ese caso parece que el uso turístico de viviendas encajaría bien en la categoría de usos autorizables entendidos como aquellos en que es posible su implantación a través de un plan especial (u otra figura similar de planeamiento) que analizará su viabilidad en función de la incidencia urbanística en su ámbito de implantación.

En ese análisis deberá distinguirse las diferentes modalidades de ese uso, debiendo necesariamente establecer, entre otras, una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional⁵⁵) y profesionales⁵⁶. Respecto de los

⁵⁴ [https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2010/Ficheros/NN.UU.%20PGOUM-97%20\(edición%20original%20impresa\)_con%20marcadores.pdf](https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2010/Ficheros/NN.UU.%20PGOUM-97%20(edición%20original%20impresa)_con%20marcadores.pdf)

⁵⁵ Por ejemplo, una vivienda puede tener un uso residencial habitual familiar o por estudiantes durante un período superior a 183 días al año y ser compatible con un uso turístico durante un período no superior a 90 días al año durante los meses de verano.

⁵⁶ Esa es una de las recomendaciones de la UE, según la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI): “18. Insta a la Comisión a que colabore con los Estados miembros para ofrecer nuevas orientaciones sobre el establecimiento de criterios eficaces que permitan establecer una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional) y profesionales, lo que es esencial para el correcto desarrollo de la economía colaborativa; señala que estas orientaciones deben aportar claridad y seguridad jurídica y tener en cuenta, entre otras cosas, las diferentes legislaciones de los Estados miembros y sus realidades económicas, como el nivel de ingresos, las características de los sectores, la situación de las microempresas y las pequeñas empresas y el fin lucrativo de la actividad; opina que el establecimiento de una serie de principios y criterios generales

primeros debe destacarse la importancia que tradicionalmente ha tenido en nuestro país el arrendamiento de vivienda durante la temporada de verano con fines evidentemente turísticos, y que podría encajarse en la categoría de usos compatibles con el residencial sin desvirtuar éste como uso principal y característico.

Para rematar este apartado parece oportuno indicar un ejemplo claro de la incidencia de la clasificación, categorización y calificación del suelo en la implantación del uso turístico, que se encuentra en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, pues somete a evaluación de impacto ambiental la implantación de alojamientos turísticos en función de la clase y categoría de suelo⁵⁷, de tal modo que se acredita que desde la perspectiva ambiental el uso turístico es muy relevante, hasta el punto de someterlo a evaluación de impacto ambiental en suelo no urbanizable, sin que de ello pueda deducirse, por supuesto, que resulta inocuo cuando se proyecte para el suelo urbano por el hecho de que no se someta a evaluación de impacto ambiental⁵⁸.

3. La conveniencia y oportunidad de la habilitación de nuevos instrumentos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas

Respecto de la figura de planeamiento adecuada para llevar a cabo la tarea de ordenación pormenorizada del uso turístico de viviendas cabe señalar que se han utilizado diversos instrumentos con diferente éxito. Un primer ejemplo podría ser el uso directo del plan general, como en el caso de la Modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico, avalada por la STS 1550/2020, pero siendo incuestionable que un plan general pueda establecer directamente esta ordenación parece evidente que al margen de la conveniencia y oportunidad de examinar el fenómeno desde la perspectiva urbanística global del municipio, que sin duda debe hacerse con ocasión de las revisiones de estos planes, ésta no puede ser la única vía por su complejidad

a escala de la Unión y una serie de umbrales a escala nacional podría ser la manera de proceder, e insta a la Comisión a que realice un estudio sobre esta cuestión;..."

⁵⁷ En su Anexo I, proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.ª, Grupo 9, a), 10º, incluye las instalaciones hoteleras en suelo no urbanizable, y el ANEXO II, Proyectos sometidos a la evaluación ambiental simplificada regulada en el título II, capítulo II, sección 2.ª, grupo 9, las instalaciones hoteleras fuera de suelo urbanizado, definidas en su Parte C: "Instalación hotelera: A los efectos de esta ley, se considerarán como instalaciones hoteleras aquellos alojamientos turísticos habilitados para el público", conforme a la cual deberían incluirse en tal concepto las viviendas de uso turístico permanente o habitual.

⁵⁸ De hecho, la normativa autonómica sobre actividades clasificadas suele incluir a los alojamientos turísticos entre ellas. Por ejemplo, en las Islas Canarias, Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa.

documental y de tramitación y la demora temporal que suponen las modificaciones del mismo frente a una realidad que exige repuestas más ágiles a través de procedimientos más simples, es decir, en palabras de dicha STS: *“Pues bien, esta legitimidad democrática de los instrumentos de planeamiento, junto con las posibilidades --y la libertad-- de la discrecionalidad técnica, y la autonomía local, son los principios que, en un marco de seguridad jurídica, posibilitan las necesarias modificaciones urbanísticas de una ciudad. Se tratan de planificar, a tiempo, y llevar a cabo, con decisión, grandes decisiones estratégicas de futuro, que, lamentablemente, exceden, en su tramitación, del tiempo político de una legislatura, y que se complementan con los instrumentos de planeamiento puntuales, sectoriales o coyunturales de cada sucesiva legislatura”*.

La segunda vía utilizada ha sido la del plan especial, que también ha sido validado por la jurisprudencia como un instrumento idóneo a tal efecto, pudiendo citar sentencias como la del TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso administrativo número 14/2021, de 14 de enero, aunque en otros casos ha decaído, fundamentalmente por las propias deficiencias del plan especial pero no porque no se considerase un instrumento inicialmente válido. La citada sentencia recuerda que *“En definitiva, siguiendo con el análisis de nuestra jurisprudencia, el plan especial no puede clasificar el suelo pero sí calificarlo, estableciendo para ello asignaciones de usos pero también limitaciones a los mismos, ya de conformidad con lo dispuesto en el planeamiento general, ya sin sujeción a él (para el supuesto de que sea autónomo). Así lo declara la STS de 15 de noviembre de 1995 (rec. 4099/1991)..., expresa que el que tales planes especiales «pueden modificar el Plan General es algo admitido por el precepto citado» Precisa con ello que el que «puedan asignar usos al suelo está reconocido en el artículo 85-1 del Reglamento de Planeamiento (se entiende, asignación que modifique la realizada por el Plan General, que ha de haberla hecho previamente en el suelo urbano,... Y advierte que «la única limitación es que esa modificación no altere la “estructura fundamental” del Plan General. Qué haya de entenderse por tal lo explican los..., a saber, la definición y asignación de usos globales y su intensidad y la definición de los sistemas generales» [F.D. 3ª]”*.

Una tercera vía ha sido la relativa a las ordenanzas municipales, objeto de examen, por ejemplo, en la STSJ del País Vasco núm. 1/2020, de 9/1/2020, Roj: STSJ PV 195/2020, con referencia a las denominadas “ordenanzas municipales complementarias de la ordenación urbanística” establecidas como preceptivas por el artículo 75 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco, que se aprueban conforme a la legislación de régimen local. Según la STSJ no son un mecanismo válido para regular el uso turístico de viviendas pues *“Son instrumentos complementarios, no definitorios; y no pueden, por lo tanto, definir o concretar el contenido del derecho de la propiedad del suelo, que es propia de los instrumentos de planeamiento y ordenación territorial. Y son complementarios en relación con la urbanización, la construcción y la edificación. Es decir, el art. 75 de la LS 2/2006 no contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos capaces de establecer las condiciones de implantación de usos urbanísticos...El art. 75 de la LS 2/2006 no permite desarrollar, ni complementar, ni reajustar la ordenación urbanística estructu-*

ral, ni la ordenación urbanística pormenorizada, y se limita a posibilitar que se complementen las condiciones de urbanización, construcción y edificación⁵⁹.

A la vista de las tres alternativas examinadas parece claro que los legisladores autonómicos deban impulsar la correspondiente reforma legal para crear ya, de inmediato, instrumentos específicos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas, y deberán hacerlo contemplando tales instrumentos en sus múltiples facetas y fines, que van desde la ordenación propiamente turística, pues ya se ha acreditado en la mención a la experiencia balear y canaria la necesidad de planificar, ordenar, controlar y limitar la implantación territorial de alojamientos turísticos, a la perspectiva de la garantía efectiva del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a la preservación del entorno urbano, a la garantía de la sostenibilidad general y específicamente urbana, etc.

Debe definirse un instrumento ágil, de contenido sucinto y procedimiento abreviado cuyo objetivo sea la adaptación turística autónoma y directa, bien de los Planes Generales bien de los planes de ordenación territorial supramunicipal en aquellos casos en que así lo demande la realidad social, definiendo el correspondiente régimen de usos para cada una de las zonas en que, en su caso, se divida el territorio objeto de ordenación. La norma de creación de ese instrumento debería incluir además las correspondientes normas técnicas de planeamiento que normalicen y homogenicen las definiciones, categorizaciones y usos, y la determinación de estándares mínimos de equipamientos y dotaciones que habrán de acompañar y condicionar la implantación del uso turístico de viviendas.

Entre ese contenido sucinto debería incluirse la obligación de incorporar un estudio de capacidad de carga cuyo contenido debe determinarse legal o reglamentariamente, y que no podrá obviar los efectos sobre la población residente, sobre sus condiciones urbanas, habitacionales, de entorno cultural, afición a los servicios de transporte, educativos, sanitarios y de bienestar social disponibles, etc.

Igualmente debería incluir un sistema de indicadores de sostenibilidad urbana, cuyo contenido mínimo también debería desarrollarse legal o reglamentariamente,

⁵⁹ La Sala de Bilbao insiste en ello de forma clara: “Como hemos expuesto anteriormente el art. 75 de la LS 2/2006 contempla las Ordenanzas urbanísticas como instrumentos complementarios de la ordenación en relación con la urbanización, la construcción y edificación. No contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos para regular, modificar, complementar, desarrollar, o reajustar los usos urbanísticos. En este sentido el art. 8.4 párrafo último del PGOU es una norma que habilita la “desplanificación”, al posibilitar que mediante una Ordenanza se modifique la sistematización y regulación de los usos urbanísticos, sin modificar la norma de planeamiento general o especial. El pronunciamiento de la Sala se limita al que resulta imprescindible en el contexto de una impugnación indirecta, en cuanto la propia Ordenanza se apoya en el art. 8.4 del PGOU, en su párrafo último, precepto que considera la Sala que es nulo por contravenir el art. 75 de la LS2/2006, que no contempla como contenido de las Ordenanzas urbanísticas el determinar las condiciones de implantación de usos urbanísticos. Y, por lo tanto, procede igualmente declarar la nulidad de la Ordenanza al regular determinaciones que no son propias de su rango normativo”.

que permita el seguimiento periódico de la ejecución y resultados de la nueva ordenación, y que deberían dar lugar a la revisión obligada del instrumento en caso de que se superen los límites de cambio aceptables también establecidos en aquel.

Desde la perspectiva del procedimiento parecería más ágil y eficaz la figura de las ordenanzas municipales tramitadas conforme a la legislación de régimen local, pero es cierto que, recogiendo las palabras del TSJ del País Vasco se estaría produciendo una cierta “desplanificación”, *al posibilitar que mediante una Ordenanza se modifique la sistematización y regulación de los usos urbanísticos, sin modificar la norma de planeamiento general o especial*, y como es cierto que se estaría definiendo o concretando finalmente el contenido del derecho de la propiedad del suelo, que es propia de los instrumentos de planeamiento y ordenación territorial, parece más racional apostar por un plan especial de naturaleza y procedimiento singular⁶⁰, y además es más acorde con nuestra tradición urbanística pues no en vano ya en nuestra legislación urbanística de 1976 se permitía su actuación en desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales o incluso en los Planes Directores Territoriales de Coordinación y sus finalidades eran muy diversas, desde 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”*, y además *encaja perfectamente con el hecho de que su relación con el planeamiento general no se explica exclusivamente por el principio de jerarquía sino que, como recuerda la STSJ M 2/2021 “podrán establecer modificaciones contrarias a las del planeamiento general cuando ello sea necesario para la adecuada consecución de sus fines. Los Planes Especiales tienen, por tanto, un ámbito propio, cuya delimitación deriva de la regulación legal de sus objetivos posibles y de la prohibición de sustitución del planeamiento general en la función que le es propia: ordenación integral del territorio y, concretamente, clasificación del suelo y configuración de los sistemas generales”*.

Otro elemento a tener en cuenta en la alternativa entre plan especial y ordenanzas sería el referido a la necesidad de evaluación ambiental estratégica que, en todo caso debería ser simplificada, y no parece que sea un elemento prescindible cuando precisamente invocamos para justificar la necesidad de este instrumento de ordenación razones imperiosas de interés general como la preservación del entorno urbano, por lo que sería otro argumento en favor del plan especial ya que aquella evaluación no tiene cabida en el trámite ordinario de las ordenanzas.

⁶⁰ Un ejemplo serían los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad de las Islas Canarias, de tramitación abreviada y fase única, que son instrumentos de ordenación urbanística que complementan y, en su caso, sustituyen a las determinaciones urbanísticas vigentes, con objeto de viabilizar la renovación urbana y edificatoria.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La relación entre la Directiva de servicios y sus normas de transposición con el ejercicio de las potestades públicas de ordenación e intervención urbanística sobre el uso turístico de viviendas es ya una relación de compatibilidad declarada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Supremo sobre la base de que las determinaciones impuestas por estas vienen avaladas por razones imperiosas de interés general, que han de estar, por supuesto, debidamente acreditadas en cada supuesto concreto.

SEGUNDA.- La Directiva de servicios no ha supuesto ni supone una alteración de iure ni de facto del contenido del derecho de la propiedad inmobiliaria, que sigue siendo el resultado de la aplicación de la legislación del suelo estatal, la legislación urbanística autonómica y el planeamiento territorial y urbanístico, de modo tal que el uso turístico de viviendas no se integra en el contenido natural de aquel, y tampoco se corresponde con un uso residencial sino con un servicio de carácter económico y turístico, que ha de venir habilitado expresamente por el planeamiento correspondiente y no puede considerarse ab initio como propio o compatible con el uso residencial, vinculado a un domicilio habitual o permanente.

TERCERA.- Es urgente y necesaria la adaptación de toda la normativa autonómica reguladora del uso turístico de viviendas, que debe hacerse mediante el ejercicio conjunto, en una única norma, de las competencias en materia de turismo, urbanismo y ordenación del territorio, vivienda, patrimonio histórico y medio ambiente, que tome como punto de partida la proclamación de que el uso turístico no forma parte del derecho de propiedad de una vivienda salvo expresa habilitación de tal uso por el planeamiento urbanístico pues el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, constitutiva de domicilio habitual.

En el mismo sentido debe llevarse a cabo la adaptación del planeamiento urbanístico sobre la base de una adecuada evaluación ambiental, zonificación y calificación, para ordenar el uso turístico de viviendas a través de instrumentos específicos, de contenido sucinto y tramitación abreviada ante la dimensión que el fenómeno está alcanzando y las distorsiones que provoca, para evitar perjuicios de imposible o muy difícil reparación y desde la perspectiva de su excepcional habilitación en aquellos casos en que los correspondientes estudios previos lo estimen acorde con las exigencias de sostenibilidad de todo el sistema urbano. Esa adaptación deberá incluir las oportunas disposiciones de derecho transitorio sobre los establecimientos preexistentes.

CUARTA.- Igualmente es urgente y necesaria una adaptación de toda la normativa reguladora de los diferentes regímenes de vivienda colectiva y copropiedad inmobiliaria que, desde la perspectiva civil, y teniendo en cuenta la intensidad adicional de uso que implica el uso turístico, eviten la implantación unilateral del uso turístico de una vivienda por parte de un propietario y habiliten mecanismos de reacción ágiles y efectivos frente a aquella por parte del resto de los propietarios, en garantía de la adecuada convivencia de los usos residencial y turístico.

QUINTA.- El ejercicio efectivo de la adaptación normativa y del planeamiento a que se ha hecho referencia no es una mera opción para los poderes públicos responsables, sino un imperativo legal para hacer efectivos derechos fundamentales que van desde el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como domicilio habitual al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona e incluso al derecho al respeto de la vida privada y familiar y de su domicilio proclamado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ello sin menoscabo del derecho a la propiedad privada adecuadamente delimitado en razón de su función social.

SEXTA.- No podrá habilitarse el uso turístico de viviendas salvo que quede acreditada en los correspondientes estudios ad hoc la disponibilidad para la ciudadanía de un número suficiente de viviendas que garanticen la efectividad de su derecho a disfrutar, en propiedad o en alquiler, de una vivienda digna y adecuada como domicilio habitual en el área territorial objeto de ordenación urbanística.

SÉPTIMA.- Desde la perspectiva de la ordenación del uso turístico de viviendas es necesaria una regulación sectorial específica de sus requisitos técnicos, pues no puede admitirse una dispensa singular y discriminatoria favorablemente de este tipo de establecimientos respecto de los demás inmuebles destinados a uso turístico, al menos en cuanto se refiere a habitabilidad, medidas contraincendios, responsabilidad civil, equipamientos complementarios, accesibilidad, identificación, categorías, etc. y servicios mínimos a prestar a los huéspedes, al menos respecto de aquellas viviendas que vayan a destinarse habitualmente a tal uso, distinguiendo así entre operadores profesionales y particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o temporal.

OCTAVA.- En aquellas Comunidades Autónomas donde la presencia del uso turístico de viviendas y otros establecimientos de alojamiento turístico resulta significativa, la legislación urbanística deberá incorporar estándares específicos de equipamiento urbano complementario al uso turístico, que deberán cumplirse en aquellos supuestos de habilitación de tal uso, graduados en función de la intensidad de éste. En el mismo sentido, deberían incorporar a su normativa la correspondiente metodología de estudios de capacidad de carga y la implantación de indicadores de

sostenibilidad relativos al uso turístico de viviendas y otros establecimientos de alojamiento turístico, tales como el relativo a la proporción entre población residente y turistas, porcentaje de renta destinada a la adquisición o alquiler de vivienda para domicilio habitual, etc.

NOVENA.- Es necesario un régimen urbanístico específico del suelo de uso turístico y, en aquellos territorios donde la presencia de la llamada “segunda vivienda” es significativa, la legislación urbanística debería considerar tal uso como propiamente turístico y no residencial, y de este modo incorporar un régimen jurídico especial de este tipo de suelos, especialmente en lo referido a equipamientos y dotaciones singulares y a la participación singular en las cargas derivadas de la implantación y mantenimiento de los servicios mínimos esenciales. En todo caso, la clasificación y calificación de este tipo de suelos habrá de respetar el principio de uso eficiente del suelo y la reducción del consumo de recursos naturales.

DÉCIMA.- En tanto en cuanto no se lleven a cabo aquellas adaptaciones y modificaciones el régimen de intervención administrativa sobre el cambio de uso constituye un mecanismo esencial para impedir o habilitar el uso turístico de viviendas, sobre la base de que dicho uso turístico nunca deberá considerarse incluido en el residencial sino en el de equipamiento, servicios o similares, salvo que el planeamiento vigente disponga lo contrario. Una vez producidas aquellas, la intervención sobre el cambio de uso no debe desaparecer, sino que seguirá cumpliendo una función similar pero ya sobre una base jurídica pormenorizada y, por tanto, más dotada de seguridad jurídica para todos los operadores.

BIBLIOGRAFIA

ARROYO ALBA, M. Acceso a la vivienda en contextos de gentrificación y turistificación urbana, en Tendencias sociales, Revista de sociología UNED, núm. 4 (2019). <http://revistas.uned.es/index.php/Tendencias/article/view/25258/20078>

ESPINAR CORTÉS, E., Gentrificación y turistificación. Universitat de les Illes Balears (2018) https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/148082/Espinar_Cortes_Estefania.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

PORTO REY, E., La ordenación urbana y las figuras de planeamiento, en Curso básico de planeamiento y gestión. Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. (1987).

SOLA TEYSSIERE, J., La necesidad de un tratamiento diferenciado del suelo de uso turístico, Revista de urbanismo y edificación, núm. 15 (2007)