

■ BOSCH

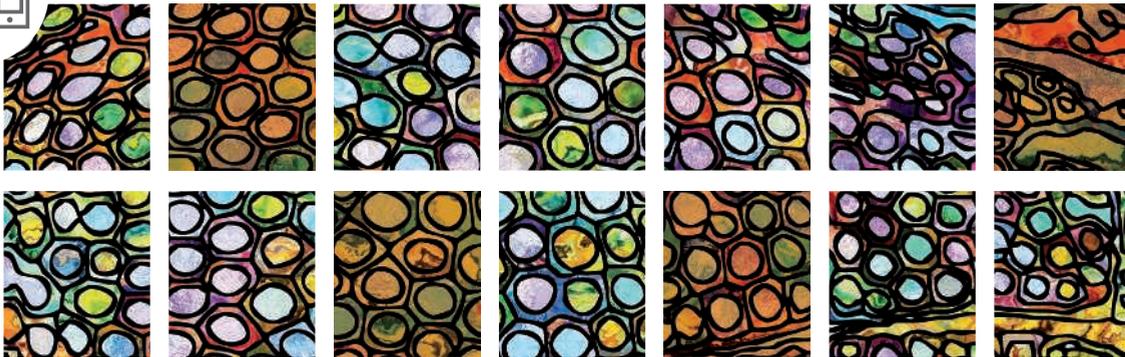
Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico

Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales

Coordinadores

Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Alejandro Fuentes-Lojo Lastres

Prólogo de Victoria Ortega Benito. Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)





ACCESO ONLINE A FORMULARIOS:

<http://digital.wke.es>

Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico

Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales

Coordinadores

Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Alejandro Fuentes-Lojo Lastres

Prólogo de Victoria Ortega Benito.
Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)

© Varios Autores, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 — Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: marzo, 2018

Depósito Legal: M-8500-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9090-279-0
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-280-6

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Así se establece en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 939/2016, dictada en fecha 29 de diciembre de 2016 en el Rollo de Apelación número 65/2015.

El supuesto de hecho analizado era el siguiente:

«La parte actora, aquí apelante, había obtenido una licencia de apertura de establecimiento para el ejercicio de la actividad de ampliación de la pensión de 2 estrellas, en La Rambla, XX, de acuerdo con el proyecto técnico y con las condiciones generales y particulares de la resolución de la gerente del Distrito de Ciutat Vella, de concesión de dicha licencia el 18 de enero de 2011; y habiéndosele concedido tal licencia en relación con un determinado proyecto, esa parte entendió que debía concedérsele también la licencia de obras para su ejecución, argumentando que la licencia de actividades es preferente a la de obras y que en cualquier caso el proyecto técnico de su solicitud de obras se ajustaba a derecho, por lo que debía anularse la resolución de archivo por caducidad del procedimiento de concesión de esa licencia, y disponer que le fuera concedida».

La Sentencia de instancia (Sentencia número 295/2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Barcelona, dictada en fecha 6 de noviembre de 2014 en el Procedimiento Ordinario número 202/2012) desestima el recurso con la citada argumentación, que la Sala asume. Así, tal y como se indica en la Sentencia de la Sala:

«La Sentencia apelada desestimó el expresado recurso, argumentando que la concesión de la licencia de actividades no implica sin más el otorgamiento de la licencia de obras, y que la aplicabilidad a la licencia de actividades de la reglamentación sectorial de la Orden TIC/313/2003, de 8 de julio (que modificó la de 6 de octubre de 1987, por la que se establecen los requisitos técnicos y los servicios mínimos exigibles en los establecimientos hoteleros en sus diferentes grupos, modalidades, categorías y especialidades), y de la Ordenanza Municipal de protección contra incendios, no resulta incompatible con la aplicación de las Ordenanzas Municipales de la Edificación, cuyo artículo 85.2, en sede de «hoteles, apartamentos y otros usos», se remite a los artículos reguladores de las dimensiones mínimas y huecos de ventilación de las habitaciones –artículos 62, 63 y 64, y artículo 60, respectivamente– para las viviendas; así como también al artículo 73, por lo que hace a las escaleras; todos los cuales, aun cuando se refieren a las viviendas, son aplicables a las pensiones por la remisión expresa del artículo 85.2 de las Ordenanzas».

3.4. Impugnación de actos dictados por la Administración competente en materia de turismo, consistentes en la denegación de comunicaciones o licencias

Este apartado se centra en el análisis de las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo en casos de impugnación de resoluciones dictadas por la Administración competente en materia de turismo en las que se deniega la autorización o se deja sin efecto la comunicación previa o declaración responsable exigida por el Decreto autonómico correspondiente.

a) Sentencias dictadas por los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria. Aplicación del régimen de comunicación previa

En primer lugar procede analizar un nutrido grupo de Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, en las que se revoca la resolución del Cabildo (generalmente el de Lanzarote) que deniega a la parte recu-

rente la entrega de libro de inspección y hoja de reclamaciones, necesarias, como ya se ha examinado, para el ejercicio de la actividad conforme a la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

La Administración fundamentaba la denegación en las limitaciones al otorgamiento de autorizaciones previas contempladas en el entonces vigente artículo 16 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.

Las Sentencias consideran que este precepto, por su propio tenor literal, solo resulta aplicable a las «*autorizaciones previas (...) exigidas por la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, para los establecimientos alojativos turísticos*», por lo que la limitación no resulta aplicable al caso enjuiciado, dado que el ejercicio de la actividad (hotelera o extrahotelera) está sujeto al régimen de comunicación previa, no al de autorización previa.

Las Sentencias parten de la doctrina establecida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en su Sentencia número 7/2015, dictada en fecha 3 de diciembre de 2014 en el Procedimiento Ordinario número 391/2010 y ya analizada, y en otras dictadas en materia sancionadora, como la número 106/2013, dictada en fecha 4 de noviembre de 2013 en el Procedimiento Ordinario número 207/2011.

En estas Sentencias, en gran parte por aplicación directa o, al menos, interpretación conforme 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, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias llega a la conclusión de que el régimen general para el inicio y desarrollo de la actividad alojativa turística es el de la comunicación previa y que solo en los supuestos excepcionales a que hace referencia el artículo 24.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (cuando así se prevea, legal o reglamentariamente, por razones medioambientales o de ordenación del territorio) cabe someter el ejercicio de la actividad al régimen de autorización previa.

Por lo tanto, al no establecer la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, un sistema general de autorización previa sino de mera comunicación previa, las limitaciones establecidas en el artículo 16 de la Ley 6/2009 no resultan de aplicación, de modo que procedía, en los casos analizados, entregar el libro de inspección y la hoja de reclamaciones a los solicitantes y permitirles, en consecuencia, el ejercicio de la actividad alojativa de que se tratase.

Este criterio ha sido asumido, al menos por los Juzgados de lo Contencioso–Administrativo números 3 (Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, dictada en el Procedimiento Ordinario número 422/2013), 4 (Sentencia de fecha 14 de julio de 2015, dictada en el Procedimiento Ordinario número 417/2013) y 6 (Sentencia de fecha 22 de febrero de 2016, dictada en el Procedimiento Ordinario número 332/2013) de Las Palmas de Gran Canaria.

b) Interpretación de conceptos específicos de las normas autonómicas

Otras Sentencias vienen referidas a la interpretación de concretos términos o conceptos contenidos en las normas autonómicas.

Así, la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de las Islas Baleares número 209/2017, dictada en fecha 30 de mayo de 2017 en el Procedimiento Ordinario número 333/2016, desestima el recurso interpuesto frente a una resolución de la Administración autonómica en la que se declaraba la imposibilidad de inscripción de la estancia turística en vivienda en el Registro correspondiente.

El motivo de denegación consistía en que los artículos 49.1, 50.1 y 52.1 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, solo permiten las estancias turísticas en aquellas viviendas que tengan la naturaleza de viviendas unifamiliares aisladas o pareadas.

El propio artículo 52.1 de la Ley define estos conceptos al disponer que:

«Se entiende por vivienda unifamiliar aislada a los efectos de esta Ley aquella en que únicamente esté permitida una vivienda por parcela. No obstante, previa tramitación previa del correspondiente expediente, podrán aceptarse supuestos en que exista más de una vivienda por parcela, siempre que se den circunstancias que reflejen analogía. Se entienden por viviendas unifamiliares pareadas a los efectos de esta Ley aquellas que se encuentran en una misma parcela sometida a régimen de propiedad horizontal o cuando en distintas parcelas existan viviendas unifamiliares adosadas a la pared medianera que las separa».

La Sala desestima el recurso argumentando que la vivienda que se pretendía explotar no ocupaba la totalidad de la edificación de la que formaba parte, dado que había dos locales que no se integraban en ella. Así, señala que:

«Según la Memoria presentada por el ahora demandante para obtener la inscripción, la primera planta tenía 185 m² y la planta baja tenía 151 m². Pero en la escritura presentada, si bien figura que la vivienda tiene dos plantas, consta que la planta baja tiene nº 151 m² sino 50 m² más, esto es, 201 m². Esa diferencia estriba en que la vivienda en cuestión no ocupa toda la edificación sino que, por el contrario, la edificación cuenta también con dos locales, uno de 10 m² y otro de 40 m².

Y siendo así, esto es, no ocupando la vivienda en cuestión la totalidad de la edificación, de ahí deriva que esa vivienda no puede tener la consideración de vivienda «aislada» porque la planta baja de la edificación está formada por parte de la vivienda y por otros dos locales».

Por su parte, la Sentencia número 21/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia, dictada en fecha 23 de enero de 2015 en el Procedimiento Ordinario número 106/2012, viene referida a la interpretación del Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

La cuestión controvertida se centraba en el modo de medir las dimensiones mínimas de las viviendas turísticas (y de cada una de sus estancias) exigidas por el Anexo del Decreto.

El Juzgado señala en primer lugar que estas dimensiones mínimas se refieren a metros útiles y no a metros construidos, al señalar que:

«Ello no obstante, y en tanto se trata de un extremo que afecta por igual a todos los diferentes desacuerdos existentes entre las partes, sí debe señalarse con carácter previo que a entender de este juzgador

las medidas reguladas en el Decreto 92/09 deben siempre entenderse referidas a metros cuadrados útiles. Como es sabido, la medición de todo espacio puede efectuarse por su perímetro exterior o por el interior, siendo el primero el espacio construido y el segundo el denominado espacio útil, viniendo por tanto la diferencia constituida por las paredes, muros y estructura. Así, si bien es habitual considerar en el ámbito urbanístico las medidas referidas a la superficie construida por ser el objeto del mismo la ocupación del suelo en su dimensión externa, en el presente caso se trata por el contrario de las competencias en materia de alojamiento turístico, y como su propio enunciado indica, de los espacios interiores. La finalidad del conjunto de la norma no es otra que garantizar alojamientos en condiciones mínimas, siendo una de ellas la habitabilidad, y por lo tanto el criterio interpretativo no puede ser otro que el de la medición neta de los espacios interiores. Esto es, de los metros cuadrados útiles de los alojamientos, y además en tanto su distribución permita el adecuado uso de la pieza o instalación de que se trate».

Además, de manera pormenorizada, se detallan los criterios de medición aplicables a cada una de las estancias.

c) Cancelación de la inscripción

En este apartado procede examinar dos Sentencias en las que se analizan supuestos en que se acordó la cancelación de la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía.

La primera de ellas es la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, número 314/2017, dictada en fecha 7 de febrero de 2017 en el Procedimiento Ordinario número 2564/2011.

En el caso enjuiciado la Administración competente en materia de turismo ordenó la cancelación de la inscripción provisional de determinados apartamentos turísticos por causa de caducidad.

La parte recurrente formuló dos motivos principales de impugnación. El primero de ellos venía referido a la Resolución que había ordenado la inscripción provisional del establecimiento. El segundo se fundamentaba en que, a juicio de la parte, la caducidad y la cancelación se ordenaban por el incumplimiento de requisitos que no eran exigibles en el momento en que se formuló la solicitud.

La Sala desestima ambos motivos.

Así, en primer lugar, señala que no cabe enjuiciar la legalidad de la resolución antecedente, que fue firme y consentida, al señalar que:

«no es posible enjuiciar la conformidad a derecho de la resolución de 31 de mayo de 2006, como pretende la recurrente, y en concreto el sometimiento a lo que denomina condición resolutoria de la inscripción provisional del proyecto».

En segundo lugar incide en que, de conformidad con esta Resolución, la inscripción era provisional y estaba sometida al plazo de tres años, por lo que, expirado este, debía formularse declaración responsable y cumplir con los requisitos exigidos por la norma vigente en ese momento, sin que ello suponga su aplicación retroactiva. En tal sentido, la Sala afirma que:

«Como se deduce de la propia resolución de 31 de mayo de 2006, lo otorgado fue una inscripción provisional—prevista en el artículo 12.2 del Decreto 15/1990 vigente a fecha de la primera solicitud—previa a la definitiva, que es la que autoriza el funcionamiento de la empresa turística, y lo que es

indudable es que a fecha de la solicitud de la inscripción definitiva, el 3 de noviembre de 2010, se encontraba vigente el artículo 35 de la Ley de Turismo en su redacción dada por la Ley 3/2010, siendo necesaria la presentación de una declaración responsable manifestando el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente relativos al servicio o al establecimiento y su clasificación, el compromiso de su mantenimiento durante el tiempo de vigencia de la actividad y la disposición, en su caso, de la documentación acreditativa que corresponda. No se exigen nuevos requisitos que no resultaban de aplicación, como sostiene la demandante, sino que se requiere, para la inscripción definitiva, lo exigido por la norma que se encuentra en ese momento —3 de noviembre de 2010— en vigor, de forma que no existe retroactividad en ningún grado, habiéndose declarado de forma correcta la caducidad de la inscripción provisional del proyecto y la cancelación de la misma. El otorgamiento de una inscripción provisional no puede implicar, como pretende la recurrente, que la posterior solicitud definitiva sea resuelta conforme a los parámetros existentes a fecha de la inicial solicitud, sin que se vea afectado el titular del proyecto por los cambios normativos que pudieran acaecer, máxime cuando, como se ha visto, la primera inscripción otorgada era únicamente provisional y no produjo los efectos favorables definitivos al interesado que se le quieren imputar».

A su vez, la Sentencia número 100/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Jaén, dictada en fecha 26 de enero de 2015 en el Procedimiento Ordinario número 1052/2013, analiza un supuesto en que la cancelación de la inscripción se ordenó de oficio por la desaparición de la categoría de alojamiento turístico del establecimiento (vivienda turística vacacional) en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, y por la falta de adaptación a alguno de los tipos de alojamiento turístico definidos en dicha Ley.

Esta categoría de alojamiento venía admitida en la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, que la definía en su artículo 43.1 del siguiente modo:

«Son viviendas turísticas vacacionales aquéllas en las que se presta únicamente el servicio de alojamiento y que son ofertadas al público para su utilización temporal o estacional o son ocupadas ocasionalmente, con fines turísticos, una o más veces a lo largo del año».

La Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, que deroga la anterior, no contempla esta categoría. Además, y esto es relevante, la nueva Ley no hizo referencia alguna en sus Disposiciones Transitorias a la situación en la que quedaban estos alojamientos, a diferencia de las viviendas turísticas de alojamiento rural, a las que se exigía la presentación de declaración responsable en el plazo de 18 meses, en la que optarían por la categoría básica o superior de la modalidad de casa rural.

El Juzgado entiende que, a pesar de lo anterior y de que se mencione esta categoría en alguna norma de rango reglamentario (como el Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos), las viviendas turísticas vacacionales carecen de regulación vigente, dado que la Ley 13/2011 es posterior y superior en rango a todas las normas que las mencionan.

Por ello, considera que la cancelación es conforme a Derecho y que no vulnera ni la doctrina de los actos propios ni el artículo 9.3 de la Constitución; y, así, afirma que:

«Ninguna vulneración existe de la teoría de los actos propios, pues dicha teoría no puede ser invocada frente a los cambios normativos que el legislador disponga, lo que equivaldría a impedir la evolución legislativa y la necesidad de adaptarla a las nuevas exigencias que la realidad social y los derechos de

los ciudadanos van exigiendo. La actividad legislativa es innovadora por su propia naturaleza, no estando vinculado el legislador con el precedente legislativo. En igual sentido, tampoco se vulnera el principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la CE, pues la nueva Ley no es una disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales».

3.5. Impugnación judicial de la orden administrativa de cese de actividad

En estos casos, el Recurso Contencioso–Administrativo se dirige frente a actos dictados por los Ayuntamientos en los que, en ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística, se ordena el cese de la actividad de vivienda de uso turístico (o de cualquier otro tipo de alojamiento turístico) por carecer de la correspondiente licencia, sea de actividad o ambiental.

Como ya se ha indicado, la parte recurrente suele fundamentar el recurso en que el ejercicio de esta actividad no requiere de la licencia exigida. Esta cuestión ya ha sido analizada en el epígrafe correspondiente, por lo que el contenido de este se limitará a examinar las Sentencias que traten de cuestiones distintas a la anterior, especialmente la relativa a la posición del propietario no explotador de la actividad.

a) Órdenes de cese de actividad dirigidas frente al propietario no explotador de la vivienda de uso turístico

La posibilidad de dirigir el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y la orden de cese de la actividad exclusivamente frente al propietario del inmueble que no gestiona la actividad ha sido objeto de pronunciamientos judiciales contradictorios por parte de los Juzgados de lo Contencioso–Administrativo de Barcelona.

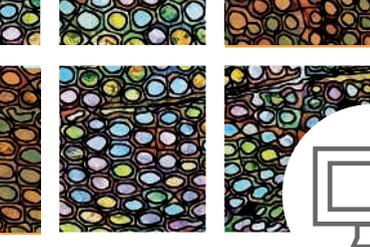
Así, la Sentencia número 155/2017 del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo número 4 de Barcelona, dictada en fecha 13 de septiembre de 2017 en el Procedimiento Ordinario número 32/2015, estima el recurso presentado frente a la orden de cese de la actividad de vivienda de uso turístico en un supuesto en el que el procedimiento administrativo se había dirigido exclusivamente frente a la entidad propietaria del inmueble, a pesar de admitir que quien ejercía la actividad era la entidad arrendataria.

El Ayuntamiento alegaba que existía connivencia entre las dos entidades pero el Juzgado considera que este extremo no ha quedado acreditado y que, en todo caso, el procedimiento debía haberse dirigido frente a quien, de manera patente, ejercía la actividad:

«Existiendo dos personas jurídicas diferenciadas en las posiciones de arrendador (la actora) y arrendatario (XXX) y siendo este último el poseedor del inmueble que lo subarrienda a terceras personas que se desplazan por turismo a la ciudad, hubiera resultado procedente que la Administración se dirigiera contra el titular de la actividad, lo que no ha sucedido.

A partir de ese momento, el hecho –no acreditado– de que entre arrendador y arrendatario exista un vínculo, que la Administración presume sirve de pantalla fraudulenta para el ejercicio de la actividad, no puede obviar la obligación de la Administración de dirigirse en su resolución a la persona jurídica titular de la Administración y no a una tercera, con independencia de las conexiones que ésta pudiera tener con aquélla.

(...)



ACCESO ONLINE A FORMULARIOS:

<http://digital.wke.es>

La presente obra jurídica trata una materia novedosa en nuestro país, la explotación de viviendas para uso turístico, fruto de esta nueva realidad turística que ha irrumpido con fuerza en muchas ciudades y regiones de nuestro país (Barcelona, Madrid, Islas Canarias, Islas Baleares, etc.), gracias a las novedosas plataformas de la economía colaborativa.

La obra está dividida en cuatro bloques. El primero, relativo a los aspectos administrativos y urbanísticos de las viviendas de uso turístico, con un estudio exhaustivo sobre las normativas territoriales. El segundo bloque, versa sobre la casuística de las principales problemáticas que están siendo resueltas por los tribunales de lo contencioso-administrativo. También, se hace un análisis del nuevo recurso contencioso-administrativo de casación y su trascendencia en materia de viviendas de uso turístico.

El tercer bloque trata sobre la problemática civil, en la que se aborda por un lado la problemática que se suscita en materia arrendaticia, con especial referencia a la LAU, y por otro lado, la problemática relativa a la propiedad horizontal regulada en la LPH, realizando un estudio comparativo para el caso de Cataluña sobre la novedosa regulación de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales.

El cuarto y último bloque, aborda la problemática que se suscita en los tribunales civiles, realizando una exposición de los principales procedimientos judiciales existentes en la LEC para exigir la resolución de contratos de arrendamiento, además de un análisis detallado de los procedimientos propios de las comunidades de propietarios para lidiar con las molestias que esta actividad económica suele generar a los vecinos.

