

EL URBANISMO, EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO, Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: USOS URBANÍSTICOS Y EJERCICIO DE ACTIVIDADES EN EDIFICIOS RESIDENCIALES. EL CASO DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS.

1. OBJETO DEL PRESENTE ARTÍCULO

El objeto del presente artículo es analizar la regulación municipal de las denominadas viviendas turísticas¹ desde la perspectiva del libre acceso a las actividades de servicios y del derecho de la competencia.

La tesis que se defiende en el presente artículo es que la competencia municipal para regular el uso de las edificaciones residenciales y las concretas normas urbanísticas que se aprueban en el legítimo ejercicio de esa competencia² no están afectadas por la Directiva de Servicios³ ni por las leyes que la trasponen⁴; que no puede considerarse que esa normativa urbanística establece barreras de entrada no necesarias ni proporcionales al mercado, ni que crea obstáculos a la competencia efectiva en el mercado.

Consideramos que no se puede poner en cuestión la competencia urbanística municipal para regular el uso del suelo y las edificaciones, y, más en concreto, por lo que a las viviendas turísticas se refiere, para regular el uso urbanístico de las edificaciones residenciales.

No pueden confundirse, como nos parece que en ocasiones se confunden⁵, dos planos que son distintos: por un lado, tenemos las normas que regulan los usos urbanísticos del suelo y las edificaciones y, por otro, las normas que regulan el acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio.

Por eso, consideramos que, en este ámbito, se equivocan las autoridades encargadas de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de

¹A nuestros efectos, vamos a considerar vivienda turística la vivienda que se destina en exclusiva a esa modalidad de alojamiento turístico, tanto si es explotada por una empresa como si lo es por su propietario. A los efectos de este artículo no consideramos vivienda turística la vivienda que se destina a residencia habitual y permanente de su propietario y que éste destina puntualmente a vivienda turística.

²En concreto, las condiciones de implantación del uso de vivienda turística y de otros usos terciarios en las plantas altas de los edificios residenciales con acceso común a las viviendas destinadas a residencia permanente.

³Directiva 2006/123/CE.

⁴Ley 7/2009 sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado.

⁵Por ejemplo, nos parece que se confunden esos dos planos en el artículo del Catedrático de Derecho Administrativo D. Juan Ramón Fernández Torres publicado en Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación 40 Mayo-Agosto 2017, págs 77-92, que lleva por título: “*Modelo de Ciudad y Comercio. Reflexiones a la luz de la Directiva de Servicios*” En nuestra opinión, sólo desde la confusión puede sostenerse como hace ese autor, visto lo expresamente señalado en su considerando 9, la aplicabilidad de la Directiva de Servicios a la ordenación del territorio y el urbanismo. Ninguna de las razones que da el autor en el artículo justifica esa interpretación, no ya extensiva sino contraria a lo expresamente señalado en el considerando 9 de la Directiva; esto es, en su exposición de motivos.

los consumidores y usuarios; cuando, en defensa del derecho de la competencia, impugnan normas urbanísticas reguladoras del uso del suelo y las edificaciones.

En este ámbito, como muy bien dice en uno de los últimos párrafos de su fundamento sexto la sentencia 43/2018 del TSJ del País Vasco⁶, remitiéndose a lo razonado en la sentencia 2259/2016 del TS⁷ sobre la incidencia de la ordenación del territorio y del urbanismo en el derecho de la competencia:

“...debemos señalar que cualquier régimen jurídico sobre los usos, materia propia del planeamiento urbanístico, tiene incidencia en las actividades que se pueden desarrollar en los distintos locales, lo que sin más no implica que se incida en actuaciones contrarias a la normativa en defensa de la competencia, dado que el planteamiento extremo que se deriva de lo que defiende la demanda⁸, implicaría excluir todo tipo de regulación sobre los usos, lo que no puede ser así, sin perjuicio de que, obviamente, tenga consecuencias también económicas...”

Lo que se defiende en el presente artículo es que no debe confundirse la libertad de “establecimiento” de una actividad de servicios⁹ con la libertad de “establecimiento físico” de esa actividad.

Lo que se defiende es que las normas urbanísticas que determinan dónde pueden implantarse los establecimientos físicos que permiten el ejercicio de una concreta actividad de servicios y dónde no pueden implantarse, no pueden ser consideradas restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios a efectos de lo dispuesto en las leyes 17/2009 y 20/2013¹⁰, ni obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados -art. 5.4 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-

2. LA ORDENACIÓN DEL USO DE LAS EDIFICACIONES: EL USO URBANÍSTICO DE VIVIENDA TURÍSTICA, EL CASO DE SAN SEBASTIÁN.

2.1 Generalidades: las zonas de uso residencial, parcelas residenciales y edificios destinados a vivienda.

En el sistema jurídico español el Urbanismo es, en lo sustancial, ordenación del uso del suelo y de las edificaciones.

Es una competencia municipal, que los Ayuntamientos ejercen mediante la potestad discrecional¹¹ de planeamiento urbanístico.

⁶Sentencia n.º 43/2018, de 29 de enero de 2018, dictada en el recurso 668/2016

⁷Sentencia n.º 2259/2016, de 19 de octubre de 2016, dictada en el recurso de casación n.º 2625/2015.

⁸La demandante es la Autoridad Vasca de la Competencia, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco.

⁹Esto es, el libre acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio

¹⁰O que sí, en nuestra opinión de modo equivocado, se realiza una interpretación extensiva de lo dispuesto en esas leyes habrá de admitirse que las limitaciones establecidas en las normas urbanísticas que regulan el uso del suelo y las edificaciones, por su propia naturaleza, son restricciones justificadas y proporcionadas, tal y como señala para un supuesto concreto la sentencia del TS citada en la nota 7.

¹¹Potestad discrecional sujeta al control jurisdiccional.

Por lo que ahora importa, los planes urbanísticos¹² dividen la totalidad del suelo municipal en zonas a través de la técnica conocida como calificación global.

Lo normal será que, cuando menos en los ámbitos ya urbanizados y en los que van a ser objeto de nueva urbanización, haya zonas globales diferenciadas de uso residencial, uso terciario, uso industrial, uso de equipamiento, uso de espacios libres, etc.

Una zona global residencial es una zona global en la que el uso característico es el uso residencial; esto es, una zona en la que la mayor parte de las parcelas y edificios son residenciales -lo que lógicamente no impide que pueda haber parcelas y edificios destinados a otros usos¹³-

La delimitación de los usos concretos en una zona global residencial se realiza a través de la técnica de la calificación pormenorizada.

A esos efectos el plan urbanístico puede optar por efectuar una ordenación pormenorizada rígida en la que cada parcela debe destinarse al uso concreto asignado¹⁴, una ordenación pormenorizada flexible¹⁵ o una ordenación pormenorizada mixta¹⁶.

Sea como fuere, en una zona residencial la mayor parte de las parcelas son parcelas residenciales y en la mayor parte de esas parcelas hay construidos o se construyen edificios residenciales; esto es, edificios destinados a uso residencial, fundamentalmente al uso de vivienda¹⁷

Para completar la descripción hay que señalar que, en una ciudad como San Sebastián, la mayoría de los edificios residenciales son edificios plurifamiliares con planta baja, destinada mayoritariamente a actividades económicas, que dispone de un acceso independiente y plantas altas destinadas mayoritariamente a viviendas con acceso común por el portal; así como que las Normas Urbanísticas del PGOU regulan los usos urbanísticos de esas edificaciones residenciales.

Veamos como.

2.2. La ordenación del uso de las edificaciones residenciales en el municipio de San Sebastián

A) Un poco de historia: los orígenes de la actual regulación.

En el año 1992 el Ayuntamiento de San Sebastián aprobó una Ordenanza reguladora del emplazamiento de las actividades no residenciales¹⁸

¹²La exposición tiene en cuenta los planes urbanísticos que se tramitan y aprueban en los municipios la Comunidad Autónoma Vasca, dando por supuesto que, en lo sustancial, no habrá grandes diferencias con lo que sucede en el resto de municipios de España.

¹³De hecho, es lo que nos parece más adecuado a todos los que defendemos la ciudad compacta y la mixtura de usos.

¹⁴La parcela residencial al uso residencial, la parcela terciaria al uso terciario, y así sucesivamente.

¹⁵Por ejemplo, hay flexibilidad para que una parcela residencial puede destinarse tanto al uso residencial como al uso terciario y también para lo contrario.

¹⁶Es lo que hace el Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián. Siempre que no se superen unos porcentajes las parcelas residenciales pueden destinarse también en su totalidad a un uso terciario, por ejemplo hotelero. Por el contrario, las parcelas terciarias no pueden destinarse a un uso residencial.

¹⁷Otro posible uso residencial es el de residencia colectiva

¹⁸Publicada en el Boletín Oficial de Guipúzcoa de 30 de noviembre de 1992.

Por lo que ahora importa, la Ordenanza establece que el destino principal de los edificios residenciales es el de vivienda; y en el artículo 4 que:

“Se tolerará la instalación de oficinas, peluquerías y actividades similares en las plantas primeras de los edificios residenciales, siempre que no estén incursas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, siendo el horario de funcionamiento restringido de 8 a 20 horas”

Por su parte, en el artículo 5 se posibilita al morador de la vivienda, cumpliendo ciertas condiciones, compatibilizar el uso de vivienda y el ejercicio de una actividad -tener el despacho en casa-

Las razones de esa regulación parecen claras.

Los edificios residenciales han de destinarse de forma predominante al uso de vivienda, por cuanto su razón de ser, su función social, es precisamente la de garantizar el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Ahora bien, en la práctica, en el momento en el que se considera necesario elaborar esa Ordenanza para preservar el uso de vivienda, resulta que en los edificios residenciales de la ciudad el uso principal es el de vivienda, pero también se desarrollan actividades en esos edificios; y ello tiene, según considera el Ayuntamiento, efectos positivos y negativos.

Tiene efectos positivos por cuanto esa diversidad de usos en la ciudad es enriquecedora¹⁹.

Tiene también efectos negativos, por las molestias que puede generar a los residentes en el edificio; esto es, a los que viven en el edificio²⁰.

Por eso, con la idea de alcanzar un equilibrio se plantea la autorización de los usos no residenciales exclusivamente en planta primera²¹.

B) La regulación del uso de las edificaciones residenciales en el PGOU vigente.

El PGOU aprobado en el año 2010²² regula la cuestión en sus Normas Urbanísticas Generales -artículo 59 principalmente-

Básicamente por lo que ahora nos importa:

- Determina que los edificios residenciales deben destinarse de forma predominante al uso de vivienda.

¹⁹Ciudad compacta, mixtura de usos.

²⁰Trasiego de personas ajenas al edificio, uso de elementos comunes, potenciales molestias por ruidos, percepción de inseguridad, etc. Es numerosa la jurisprudencia, especialmente civil, en la que se toma constancia de las molestias que pueden generar y de hecho generan los usos no residenciales; y entre esos, también el de viviendas turísticas o apartamentos turísticos.

²¹No es una decisión arbitraria: de ese modo, el trasiego de personas ajenas al edificio no alcanza al resto de plantas y ninguna vivienda tiene encima un uso no residencial, una actividad potencialmente molesta.

²²La regulación es similar en el PGOU anterior, el aprobado en 1995.

- Por lo que respecta a la autorización de usos no residenciales ocupando parcialmente²³ una edificación residencial:

- Autoriza en primera planta con acceso común al de las viviendas del edificio, y hasta un máximo total de 250 metros cuadrados útiles, los usos siguientes: usos hoteleros, servicios profesionales al público, oficina, sanitarios, asistenciales, deportivos, docentes, socioculturales y recreativos.

-Autoriza también la implantación de esos mismos usos en segunda planta con acceso común al de las viviendas, y hasta un máximo total de 250 metros cuadrados útiles, siempre que la planta primera no esté destinada a vivienda²⁴.

Como vemos es una regulación algo más sofisticada, pero similar a la de la Ordenanza de 1992; una regulación que ha funcionado bien en términos generales.

Las razones que justifican y motivan la nueva regulación del año 2010 son las mismas que las de la Ordenanza de 1992:

1 Los edificios residenciales deben destinarse de forma predominante al uso de vivienda por cuanto su principal función es satisfacer esa necesidad, ese derecho.

2. Hay también que preservar la seguridad, el derecho al descanso, el derecho a la salud de los vecinos que residen de forma permanente en el edificio.

C) La ordenanza municipal reguladora del uso de vivienda turística.

Más o menos alrededor de ese año 2010 el uso prácticamente universal de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación trae consigo la creación de plataformas web -plataformas denominadas “Peer-to-Peer” o “P2P”; y, por medio de éstas, surge una nueva realidad turística, una nueva modalidad de alojamiento turístico: las denominadas viviendas para uso turístico.

La explotación de viviendas para uso turístico se extiende en muchas regiones y ciudades del mundo y de España (Barcelona, Madrid, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Canarias, ...) y el fenómeno llega también a San Sebastián.

A partir de esa fecha, son numerosas las viviendas que en determinadas zonas de la ciudad comienzan a explotarse como viviendas turísticas, bien directamente por sus propietarios, bien por parte de empresas que se crean para el ejercicio de esa actividad; comienzan también a aparecer inversores que adquieren viviendas con la finalidad de explotadas como alojamientos turísticos.

También a partir de esa fecha son más o menos numerosas las comunidades de vecinos que denuncian las molestias que están padeciendo por unas actividades, por unos usos,

²³Las parcelas residenciales pueden destinarse en su totalidad tanto al uso terciario hotelero como a otros usos terciarios. El límite establecido en el Plan a esos efectos es que en zona global residencial el máximo de metros construidos que pueden destinarse a usos no residenciales es el 40% de los metros construidos o que pueden construirse en la zona. Con esa limitación se quiere preservar el carácter residencial de las zonas residenciales.

²⁴La justificación parece clara: quiere protegerse a los residentes habituales de las molestias que generan los usos no residenciales.

para los que no se ha solicitado ningún tipo de licencia municipal, para una actividad económica que no ha sido ni siquiera comunicada al Ayuntamiento.

Desde un primer momento el Ayuntamiento entiende que destinar una vivienda al uso turístico implica un cambio de uso urbanístico, del uso vivienda, al uso terciario hotelero²⁵; así como que nos encontramos ante una actividad potencialmente molesta.

Por eso, desde un primer momento el Ayuntamiento considera:

1. Que la implantación de esa nueva modalidad de alojamiento turístico requiere una licencia urbanística de cambio de uso.
2. Que para que su implantación sea legalmente posible deben cumplirse las condiciones del PGOU para la implantación de los usos terciario hoteleros en edificios residenciales²⁶
3. Que para el ejercicio de la actividad de explotación turística de la vivienda se requiere también presentar una comunicación previa²⁷;

Eso sí, tras un tiempo, teniendo en cuenta no sólo los impactos negativos, sino también los positivos de esa nueva modalidad de alojamiento turístico, de este nuevo recurso turístico e intentando equilibrar los diversos intereses en conflicto, el Ayuntamiento elabora, tramita y aprueba una Ordenanza²⁸ en la que, tras un exhaustivo estudio de la situación real y de las posibles alternativas, se opta por una regulación que, en síntesis consiste en lo siguiente:

Se divide la ciudad en tres zonas.

En la zona A, la denominada Parte Vieja de la ciudad, que se declara zona saturada, se prohíben nuevas viviendas turísticas²⁹.

²⁵Para el urbanismo, la vivienda turística no es una vivienda sino una nueva modalidad de alojamiento turístico.

²⁶La regulación que hemos resumido en el apartado anterior. Hasta la fecha los tres Juzgados de lo Contencioso Administrativo han dado la razón al Ayuntamiento en todos los contenciosos que se han sustanciado contra las órdenes de cese de uso y de clausura de la actividad que se han dictado por no cumplirse las condiciones de implantación del uso terciario hotelero en los edificios residenciales. En la misma línea, interpretando los respectivos planes urbanísticos: la sentencia del TSJ de Madrid de 25 de octubre 2012, rec. 345/2011 y la n.º 760/2018, de 30 de noviembre 2018, del TSJ de la Comunidad Valenciana; en sentido contrario, la sentencia 37/2018, de 19 de noviembre 2018 del TSJ de Asturias.

²⁷De acuerdo con lo previsto en la legislación ambiental aplicable en la Comunidad Autónoma Vasca. Eso sí, en la práctica el Ayuntamiento no exige licencia urbanística y comunicación previa, basta con la comunicación previa, ya que cuando se recibe ésta lo primero que hace el Ayuntamiento es verificar si es posible urbanísticamente destinar la vivienda a vivienda turística en ese concreto emplazamiento. Esto es, a través de la comunicación previa se resuelven las dos cuestiones: si se cumplen las determinaciones del planeamiento se autoriza tácitamente el cambio de uso y se toma nota del inicio del ejercicio de la actividad; si no se cumplen se ordena el cese inmediato del uso y la clausura de la actividad. En la actualidad, así se establece en la Ordenanza reguladora de las viviendas turísticas. Por lo que respecta al cambio de uso lo previsto en la Ordenanza tiene su amparo en el apartado 5 del artículo 207 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

²⁸Se publica en el BOG de 26 de marzo de 2018. El Ayuntamiento considera que es legalmente posible complementar y reajustar las determinaciones de las Normas Urbanísticas Generales a través de una Ordenanza al amparo de lo dispuesto en la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco y de los artículos 5 y 8 de las Normas Urbanísticas.

²⁹En coherencia con esa declaración de zona saturada de usos hoteleros se está tramitando también una Modificación del Plan General de Ordenación Urbana que prohíbe en esa zona nuevos usos hoteleros en cualquiera de sus modalidades.

En las zonas B y C; esto es, en la mayor parte del municipio se establece una regulación algo más permisiva³⁰ que la establecida en las Normas Urbanísticas.

3. EL URBANISMO³¹, LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Hasta ahora sólo hemos hablado prácticamente de Urbanismo, hemos descrito brevemente en qué consiste la regulación urbanística del uso del suelo y las edificaciones y expuesto un caso en concreto: las condiciones de implantación de una concreta modalidad de uso turístico -la vivienda turística- en los edificios residenciales de San Sebastián de acuerdo con la regulación urbanística de ese municipio.

Toca ahora hablar de la libertad de establecimiento y del derecho de la competencia; así como, de relacionar todo ello con la regulación urbanística que realiza el Ayuntamiento de San Sebastián de los usos de las plantas altas de las edificaciones residenciales³²

3.1 La Directiva 2006/123/CE, de Servicios.

A continuación haremos referencia a las disposiciones de esa Directiva que más relación tienen con el tema que nos ocupa³³.

Empecemos por los considerandos.

Dice el considerando 9:

“La presente Directiva sólo 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”

El considerando parece claro: la Directiva no se aplica a las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

Da la impresión de que la Directiva es consciente de que son planos diferentes: que una cosa son las normas urbanísticas que regulan y determinan el uso del suelo y las edificaciones y otra cosa las normas que regulan las actividades de servicios.

Por su parte, en el considerando 40, al hacer referencia al concepto de “razones imperiosas de interés general” desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado, se enumeran, entre otros, los ámbitos siguientes:

³⁰No obstante ello, la Ordenanza ha sido recurrida ante el TSJ del País Vasco por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

³¹Dejamos para un posible artículo posterior, aunque alguna referencia haremos, a la relación entre el derecho de la competencia y la ordenación del territorio, ámbito en el que deberían analizarse, entre otras, las dos sentencias del TS de 3 de septiembre de 2015 dictadas en los recursos 3687/2013 y 3408/2014.

³²Desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y del derecho de la competencia, en principio, la situación es la misma para todos los usos no residenciales; ya que como hemos visto todos los usos no residenciales tienen limitadas sus posibilidades de implantarse ocupando parcialmente un edificio residencial destinado a viviendas.

³³En relación con el tema se recomienda la lectura detenida de la Sentencia del TJUE dictada con fecha 30 de enero de 2018 en el asunto C-31/16 a la que luego haremos referencia.

“...protección del medio ambiente y el entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural...”

Finalmente, dice el considerando 56:

“De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública,... y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad”

Como vemos lo que nos dicen estos considerandos es que puede haber razones imperiosas de interés general que justifiquen la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones.

Por lo que respecta al articulado destacamos:

El artículo 1.1.

“En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios”

Libertad de establecimiento, no libertad de establecimiento físico.

Del artículo 4, definiciones, destacaríamos los apartados 1, 5, 6, 7 y 8 en los que se definen los siguientes conceptos respectivamente: servicio, establecimiento, régimen de autorización, requisito y razón imperiosa de interés general.

Por su especial importancia transcribimos la definición de servicio y la de establecimiento:

“1) “servicio” cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado.

5) “establecimiento” ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado por una duración determinada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios”

Teniendo en cuenta el considerando 9, parece razonable sostener que la ubicación de esa infraestructura estable -establecimiento físico en la terminología de la Ley 17/2009- ha de respetar las normas urbanísticas que regulan el uso del suelo y de las edificaciones.

Del capítulo III, libertad de establecimiento de los prestadores, destacamos:

- La Sección 1, autorizaciones, que comprende los artículos 9 a 13.

- La Sección 2, requisitos prohibidos o supeditados a evaluación, que comprende los artículos 14 y 15; muy especialmente:

-el apartado 5) del artículo 14, cuando en su último inciso dice: “...esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones de interés general”

Los Planes, las Normas Urbanísticas defienden razones de interés general.

Y también muy especialmente lo dispuesto en el artículo 15.2:

“2. Los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de los siguientes requisitos no discriminatorios:

a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores”

Hay que aclarar que el apartado 1 de ese artículo 15 obliga a los Estados miembros a examinar si en su ordenamiento jurídico están previstos requisitos como el anteriormente señalado y a hacer lo necesario, para que, en ese caso, dichos requisitos sean compatibles con las condiciones contempladas en el apartado 3; esto es, cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad³⁴

Finalmente el artículo 16, libre prestación de servicios, que vuelve a recordar en el apartado 1 la obligación de los Estados miembros de no supeditar el acceso a una actividad de servicios en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad; y que en el apartado 2 concreta entre los requisitos que no pueden ser exigidos la prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones.

3.2 La interpretación que de la Directiva de Servicios realiza el TJUE en un supuesto concreto: la sentencia dictada en el asunto C-31/16. Breve análisis crítico.

La norma urbanística

En un municipio holandés hay un plan urbanístico que determina que, en una zona comercial situada fuera del barrio de comercio histórico del centro de ciudad, sólo pueden implantarse comercios minoristas de bienes voluminosos; esto es, que no pueden implantarse en esa zona comercios minoristas de ropa y calzado.

El municipio justifica la decisión señalando que la norma pretende mantener la habitabilidad del centro de la ciudad, garantizar el buen funcionamiento del centro comercial que se

³⁴Salvo error u omisión, el Estado español no ha considerado en ningún momento que los planes urbanísticos que regulan el uso del suelo y las edificaciones establezcan límites territoriales en el sentido de la Directiva de Servicios. Al uso de los edificios hace referencia el artículo 11 del RDLeg 7/2015; y también la legislación urbanística, en el caso de la Comunidad Autónoma Vasca el artículo 207.1.r) de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo.

encuentra en ella, y evitar en la mayor medida posible la desocupación estructural de locales en el centro de la ciudad -ver apartados 47 a 51 de la sentencia-

Lo que dice el TJUE

Por lo que ahora importa:

En el párrafo 13 enumera los considerandos de la Directiva que va a tomar en consideración, y, entre ellos, lógicamente incluye el considerando 9 anteriormente transcrito; considerando en virtud del cual, recordemos, la Directiva no se aplica a requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

Por otra parte, en el párrafo 90 indica que *“las normas del plan urbanístico controvertido en el litigio principal no afectan a los bienes como tales, sino a los requisitos de implantación geográfica de actividades relativas a la venta de determinados bienes y, en consecuencia, a los requisitos de acceso a esas actividades”*

En el 91: *“Por lo tanto, debe considerarse que la actividad de comercio minorista de productos como ropa y calzado está comprendida en el concepto de “servicio” en el sentido del artículo 4, punto 1, de la citada Directiva”*

En el 124, tras hacer referencia, a lo indicado en el considerando 9 de la Directiva dice:

*“Dicho esto, ha de considerarse que las normas controvertidas en el litigio principal, aunque como se desprende de la resolución de remisión, tengan como misión preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana **en el marco de una política de ordenación del territorio**, también tienen como objeto específico determinar las zonas geográficas en las que pueden implantarse ciertas actividades de comercio minorista. Así pues, se dirigen exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar estas actividades en dichas zonas geográficas, con exclusión de los particulares en su capacidad privada”*

En el 130 señala que lo establecido en el artículo 15 de la Directiva tiene efecto directo y en los siguientes párrafos se señala:

“131. En el presente asunto, como el Abogado General ha señalado en el punto 143 de sus conclusiones, al prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam la normativa controvertida en el litigio principal contiene uno de los requisitos a que se refiere el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123, puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a), de dicha Directiva”

132. Como resulta del apartado 129 de la presente sentencia, la Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esa índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3.

133. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si éste es el caso en el litigio principal.

134. No obstante, por lo que respecta más concretamente a la condición de necesidad, según se define en el artículo 15, apartado 3, letra b) de la Directiva 206/123, de la resolución de remisión se desprende que la prohibición de que se trata en el litigio principal pretende preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio.

135. Pues bien, como el Abogado General ha señalado en el punto 147 de sus conclusiones, con arreglo al artículo 4, punto 8, de la Directiva 2006/123, interpretado en relación con el considerando 40 de ésta, dicho objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal.

136. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y quinta que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que normas urbanísticas contenidas en un plan urbanístico municipal prohíban la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad de dicho municipio, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 15, apartado 3, de dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”

A la vista de todo ello el TJUE declara:

- Que la actividad de comercio minorista de productos constituye un “servicio” a efectos de la aplicación de la directiva.
- Que el artículo 15, apartado 1, debe interpretarse en el sentido indicado en el considerando 136 anteriormente transcrito.

Breve análisis crítico.

La visión de la Sentencia del TJUE en negativo.

No se alcanza a comprender porqué el Tribunal entiende que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva, cuando en el considerando 9 de la misma, que cita, se señala expresamente que la Directiva no es aplicable, entre otras, a las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

El Tribunal no parece dudar en ningún momento de que nos encontramos ante una norma urbanística; una norma de ordenación del territorio y/o urbanística que, además, le parece que está o puede estar debidamente justificada en la protección del entorno urbano - párrafos 134 y 135-; así las cosas, ¿porqué entiende que el órgano jurisdiccional remitente ha de examinar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 3 del artículo 15 de la Directiva? ¿porqué ha de aplicarse la Directiva a una norma de ordenación territorial y/o urbanística?

Los únicos fundamentos, salvo error u omisión, los encontramos en los párrafos 124 y 131. Recordemos lo que dicen.

Dice el párrafo 124:

“Dicho esto, ha de considerarse que las normas controvertidas en el litigio principal, aunque como se desprende de la resolución de remisión, tengan como misión preservar la habitabilidad de centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en el marco de una política de ordenación del territorio, también tienen como objeto específico determinar las zonas geográficas en las que pueden implantarse ciertas actividades de comercio minorista. Así pues, se dirigen exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar estas actividades en dichas zonas geográficas, con exclusión de los particulares en su capacidad privada”

Y el párrafo 131:

*“... como el Abogado General ha señalado en el punto 143 de sus conclusiones, al prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam, la normativa controvertida en el litigio principal, contiene uno de los requisitos a que se refiere el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123,, **puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a) de dicha Directiva”***

Pues bien, en mi opinión, dicho sea con todos los respetos, el planteamiento es más que discutible.

Por un lado, no entiendo porqué dice el Tribunal que esa norma no afecta a los particulares en su capacidad privada y que sólo afecta a las personas que pretenden desarrollar esa actividad de comercio minorista.

En mi opinión, las normas urbanísticas que prohíben o limitan los usos, las actividades, también afectan a los propietarios de los terrenos y locales ubicados en esas zonas, aunque no pretendan desarrollar esa actividad.

Además, con esa fundamentación todas las normas urbanísticas que regulan los usos del suelo y las edificaciones, y que, en consecuencia, determinan dónde pueden desarrollarse unas concretas actividades económicas y donde no, estarían afectadas por la Directiva.

Efectivamente, con esa fundamentación podría sostenerse que todas esas normas están dirigidas exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar esas actividades en esa zona o edificio; y no a los particulares en su capacidad privada.

Como digo, creo que el planteamiento es un planteamiento equivocado, que se confunden los dos planos a los que hacíamos referencia al comienzo de este artículo.

¿A quién afecta la prohibición y/o limitación de que en la planta alta de un edificio residencial se pueda o no desarrollar una actividad económica? ¿Sólo a los que pretendan desarrollar esa actividad? ¿No afecta también a los propietarios de las viviendas que no pueden legalmente obtener una licencia de cambio de uso?

En mi opinión, el hecho de que la norma urbanística de un municipio prohíba o limite en una zona geográfica determinada un concreto uso urbanístico, una concreta actividad económica no puede interpretarse en ese sentido. Y aún menos cuando lo que prohíbe o

limita es una actividad económica, un uso no residencial, en una planta alta de una edificación residencial destinada a viviendas.

Todo plan de ordenación del territorio o plan urbanístico establece, por definición, límites territoriales. Con unas u otras técnicas todo plan urbanístico delimita los usos que son posibles en una zona, los usos admisibles; y los que no lo son, los usos prohibidos; o sea, todos los planes delimitan las zonas en las que unas determinadas actividades pueden implantarse físicamente y zonas en las que no. Es la esencia del Urbanismo.

Con el planteamiento que se realiza en los párrafos 124 y 131 todos los planes urbanísticos estarían afectados por lo dispuesto en la letra a) del apartado 1, del artículo 15; esto es, todos los planes urbanísticos deberían someterse a lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva.

En mi opinión, esa interpretación no es correcta.

Los límites territoriales a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 15 no pueden ser entendidos de ese modo.

El artículo 15 de la Directiva se refiere a las disposiciones que regulan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, pero no a las normas de ordenación del territorio y/o urbanismo que, como no puede ser de otra manera, regulan el uso del suelo y de las edificaciones y establecen limitaciones; esto es, dicen donde puede implantarse un concreto uso y donde no, donde puede ejercerse una concreta actividad de servicios y donde no.

Y es que si no es así, si el planteamiento que realiza el TJUE en la sentencia comentada es el correcto: ¿dónde queda entonces lo expresamente señalado en el considerando 9 de la Directiva?

La visión en positivo de la sentencia.

Como hemos visto la sentencia concluye señalando que corresponde al órgano jurisdiccional que le ha remitido el expediente -en el supuesto concreto, un tribunal holandés- determinar si la norma urbanística en cuestión cumple las condiciones enunciadas en el artículo 15, apartado 3, de la Directiva.

Además, el TJUE parece avanzar que, en su opinión, sí que las cumple -párrafos 134 y 135-³⁵

³⁵Nos recuerda en parte a la sentencia 2259/2016, de 19 de octubre, del TS cuando en su fundamento decimoprimer, tras haber recordado en el noveno que la Directiva de Servicios no es aplicable al urbanismo, indica que: “*aún en el caso de que estimáramos en una interpretación extensiva que nos hallamos ante un supuesto regulador por la Directiva, no hay duda de que en las prescripciones contenidas en el Plan Especial, latan razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública, protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, según la jurisprudencia del Tribunal, que antes hemos citado, justifican las limitaciones de uso previstas, limitaciones que protegen al tiempo los legítimos intereses de los vecinos...*” Es también esa la lectura de la sentencia del TJUE que hace la sentencia número 1128/2018 del TSJ de Cataluña .rec ordinario 65/2015, que amablemente me facilita Xavier Silvestre, Letrado consistorial del Ayuntamiento de Barcelona; y coautor del libro “Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico” publicado por Wolters Kluwer

¿Cuáles son esas condiciones?

1. No discriminación: *“que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad, o por lo que se refiere a las sociedades del domicilio social”*
2. Necesidad: *“que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general”*
3. Proporcionalidad *“que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado”*

Pues bien, a ese respecto, además de lo ya señalado:

1. No conozco ningún plan urbanístico municipal, que al regular los usos del suelo y las edificaciones sea discriminatorio en el sentido indicado en la Directiva.
2. Cuando un plan regula los usos del suelo y las edificaciones lo hace por razones imperiosas de interés general: protección del medio ambiente, del entorno urbano, de la salud pública, de la seguridad, etc. Las determinaciones de calificación global y calificación pormenorizada se justifican en ese tipo de razones, no son arbitrarias.

Por lo que al concreto supuesto que estamos analizando se refiere, ya hemos explicado cuáles son las razones que justifican la limitación de usos no residenciales -entre ellos, el de vivienda turística- en edificios destinados a viviendas.

3. La zonificación, la asignación de usos e intensidades por zonas, es la técnica que utilizan los planes urbanísticos para regular el uso del suelo y las edificaciones. No hay mejor técnica que ésta.

En definitiva, considero que la práctica totalidad de las normas urbanísticas que se aprueban por todos los municipios de España cumplen esas tres condiciones³⁶

3.3. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley 17/2009 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/123.

A continuación transcribimos y comentamos lo que, a nuestros efectos, resulta de mayor interés.

Por lo que respecta a la exposición de motivos:

“La Ley se aplica a los servicios que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. De esta forma, esta Ley no se aplica a normas que deban ser respetadas por la sociedad en su conjunto, ya sean prestadores o particulares, como por ejemplo, la normativa en materia de Derecho penal o las normas de comportamiento en la circulación.

³⁶Si en algún caso una norma urbanística no cumple alguna de esas condiciones será porque se está utilizando indebidamente la potestad de planteamiento urbanístico; esto es, porque se está incurriendo en desviación de poder.

Es decir, la Ley no interfiere con los requisitos o con la normativa que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada”

...

Las normas urbanísticas, las normas reguladoras del uso del suelo y de las edificaciones deben ser respetadas por la sociedad en su conjunto. Las limitaciones de usos que esas normas comportan tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad y por los particulares en su capacidad privada³⁷.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 207. 1. r) de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, están sujetos a la obtención de licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable: *“La primera utilización de obras o partes de ellas, así como su modificación y el cambio, total o parcial, de usos de la edificación”*

Pretender destinar una vivienda a una modalidad de uso terciario hotelero -vivienda turística- requiere una licencia urbanística de cambio de uso y ésta sólo puede concederse si se cumple la norma urbanística de aplicación; norma que debe ser respetada por la sociedad en su conjunto; norma que debe ser respetada por los prestadores de servicios en el ejercicio de su actividad económica al igual que los particulares en su capacidad privada³⁸

Por supuesto que las normas afectan a los particulares, un particular no puede cambiar el uso de su vivienda sin licencia y sin respetar la norma urbanística que regula los usos de la edificación.

A continuación la Ley se refiere a las limitaciones temporales y territoriales de las comunicaciones, declaraciones responsables o autorizaciones. En general, se concederán por tiempo indefinido y tendrán efecto en todo el territorio español, lo que no afectará a la posibilidad de las autoridades competentes de revocar las autorizaciones o de suspender la actividad cuando dejen de cumplirse las condiciones que dieron lugar a la obtención de la autorización. Con ello se promueve un efecto positivo para la actividad económica, por cuanto las limitaciones a la eficacia territorial de las comunicaciones, declaraciones responsables y autorizaciones, suponen una carga adicional para los prestadores que limita su movilidad geográfica y crecimiento. Sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o físicos o por limitaciones de las capacidades técnicas a utilizar en el desarrollo de la actividad. En estos casos habrá que seguir un procedimiento concurrencial que garantice la imparcialidad y transparencia”

Las limitaciones territoriales a las que se refiere la ley no son las establecidas en las normas urbanísticas que regulan el uso del suelo y las edificaciones.

Por lo que respecta al articulado:

³⁷Artículo 11 del RDLeg 7/2015, régimen estatutario de la propiedad del suelo y las edificaciones.

³⁸Desde la perspectiva urbanística el uso de vivienda turística no es un uso de vivienda sino un uso terciario hotelero que precisa de licencia de cambio de uso y ha de respetar las limitaciones de uso establecidas en el planeamiento-ya lo dijeron las sentencias del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2012 y 23 de enero y 17 de abril de 2013-. Desde la perspectiva urbanística no es un uso de vivienda, ya que la vivienda es el domicilio habitual -artículo 3.3 del RDLeg 7/2015, Texto Refundido de la Ley del Suelo-

Artículo 3 Definiciones

1. «Servicio»: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea.

5. «Establecimiento»: el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable.

6. «Establecimiento físico»: cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente una prestación de servicios.

7. «Autorización»: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

8. «Requisito»: cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas o establecidos en las normas de los colegios profesionales.

11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Nos parece de suma importancia la distinción entre establecimiento y establecimiento físico.

Una cosa es la libertad de establecimiento y otra muy distinta la libertad de establecimiento físico.

Una cosa es que cualquier prestador del servicio de alojamiento turístico en la modalidad de vivienda turística pueda establecerse libremente en territorio español para ejercer esa actividad de servicios; y otra cosa muy distinta sostener que quien pretenda ejercer esa actividad puede destinar cualquier vivienda a vivienda turística con independencia de lo que establezcan al respecto las normas urbanísticas aplicables.

Todos los prestadores de servicios -de este y de cualquier otro servicio que se nos ocurra-, al igual que todos los particulares, han de respetar las normas urbanísticas que regulan los usos del suelo y la edificación; esto es, las normas que regulan donde pueden implantarse los “establecimientos físicos” a partir de los cuales se lleva a cabo efectivamente la prestación del servicio.

Artículo 4 Libertad de establecimiento.

1. Los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

2. Cualquier prestador establecido en España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional.

3. En el caso de regímenes de autorización previstos en la normativa comunitaria, lo dispuesto en este capítulo no se aplicará a aquellos aspectos expresamente recogidos en la misma.

Reiteramos: libertad de establecimiento, no libertad de establecimiento físico.

Artículo 7 Limitaciones temporales y territoriales

3. La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

Los medios de intervención que se apliquen a los establecimientos físicos respetarán las siguientes condiciones:

- a) Podrá exigirse una autorización para cada establecimiento físico cuando sea susceptible de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, evaluándose este riesgo de acuerdo con las características de las instalaciones.*
- b) Podrá exigirse una declaración responsable para cada establecimiento físico cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por una razón imperiosa de interés general.*
- c) Podrá exigirse una comunicación cuando, por razones imperiosas de interés general, éstas deban mantener un control sobre el número o características de las instalaciones o de infraestructuras físicas en el mercado.*

El medio de intervención deberá resultar proporcionado y no discriminatorio. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad.

Hay que distinguir la legislación urbanística de la legislación que regula el ejercicio de las actividades de servicios, los dos planos a los que nos hemos referido anteriormente.

De conformidad con la legislación urbanística, los cambios de uso requieren de licencia urbanística.

La legislación urbanística que establece la exigencia de licencia urbanística para los cambios de uso total o parcial de las edificaciones no se ha visto afectada ni por la Directiva de Servicios ni por la Ley 17/200939

Por su parte, el ejercicio de la actividad de vivienda turística, de un uso terciario hotelero potencialmente molesto, requiere además en cumplimiento de la legislación ambiental una comunicación previa⁴⁰

Y finalmente, otra cosa es que, desde la perspectiva de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio; esto es, desde la perspectiva sectorial, se requiera también autorización, declaración responsable o comunicación para el ejercicio de la actividad de servicios correspondiente⁴¹

En definitiva, una cosa son los usos urbanísticos y las licencias urbanísticas de cambio de uso; y otra el ejercicio de una actividad de servicios en un determinado emplazamiento y el concreto medio de intervención establecido legalmente para el ejercicio de esa actividad de servicios en ese emplazamiento.

En el caso de las viviendas turísticas, modalidad de uso terciario hotelero, tenemos con respecto a su establecimiento físico:

1. Que desde la perspectiva de los usos urbanísticos es preceptiva la licencia de cambio de uso: de vivienda a vivienda turística.
2. Que desde la perspectiva ambiental se exige una comunicación previa⁴²
3. Que desde la perspectiva del ejercicio de la actividad de servicio que la explotación de una vivienda como vivienda turística comporta, desde la perspectiva sectorial, se exige una declaración responsable.

³⁹En la Comunidad Autónoma Vasca, tal y como interpretó la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la directiva, la misma afectaba a la Ley 2/2006 en lo referente a las licencias de apertura, pero no a las licencias de primera utilización y/o de cambio de uso.

⁴⁰Artículo 62 bis de la Ley General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, Ley 3/1998, artículo introducido por la ley 7/2012 citada en la nota anterior.

⁴¹Por lo que al País Vasco se refiere la regulación de las viviendas turísticas se encuentra en la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo, desarrollada por el Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico. El régimen de intervención establecido en esa normativa es la declaración responsable para cada establecimiento físico.

⁴²Como hemos explicado en San Sebastián tanto el cambio de uso como el control ambiental se resuelven a través del mecanismo de la comunicación previa.

Artículo 11 Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa

1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a:

- ⑩ **a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales**

2. No obstante, excepcionalmente se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En todo caso, la concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea según lo dispuesto en la disposición adicional cuarta y deberá estar suficientemente motivada en la normativa que establezca tales requisitos.

Las normas urbanísticas no son normas reguladoras del acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio.

Cuando un Plan General regula los usos del suelo y las edificaciones no está regulando el acceso a las actividades de servicios o a su ejercicio; sino determinando las zonas, las parcelas, los edificios, las plantas de edificios en que pueden implantarse los diversos usos.

Disposición adicional cuarta Notificación a la Comisión Europea

El órgano administrativo competente comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, antes de su aprobación y en los términos y por los cauces que se establezcan reglamentariamente, cualquier proyecto de norma legal o reglamentaria en el que se prevean requisitos del artículo 11.1 de esta Ley, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 11.2, o requisitos del artículo 12.2, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 12.3, para su posterior notificación a la Comisión Europea.

Como hemos dicho, entendemos que las normas urbanísticas reguladoras del uso del suelo y de las edificaciones no son normas que regulan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio; lo que las normas urbanísticas regulan es el uso al que pueden destinarse el suelo y las edificaciones; lo que, obviamente, comporta limitaciones.

Ahora bien esas limitaciones no pueden considerarse restricciones territoriales en el sentido de lo dispuesto en ese artículo 11.

De hecho, si se considerase que esas limitaciones son restricciones a los efectos de la Ley 17/2009 todos los Ayuntamientos deberían comunicar sus Planes, Normas Urbanísticas y Ordenanzas reguladoras de usos, antes de su aprobación, al Ministerio de Asuntos Exteriores para su posterior notificación a la Comisión Europea, lo que no parece ni mucho menos razonable⁴³

Artículo 12 Libre prestación de servicios

3. Excepcionalmente, podrá supeditarse el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de los requisitos que en cada caso determine la legislación sectorial aplicable, únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada.

La concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea según lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta y deberá estar suficientemente motivada en la normativa que establezca tales requisitos.

Vale lo dicho respecto del artículo anterior.

3.4 La Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Artículo 1 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Artículo 5 Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos

⁴³Ad cautelam algún Ayuntamiento ha remitido Ordenanzas en las que en zonas que se declaran zonas saturadas se prohíben determinados usos. La sentencia 640/2015, de 19 de octubre de 2015, del TSJ de Aragón aborda la cuestión en relación con una Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas que no fue comunicada y dice en su fundamento cuarto: “Respecto a la nulidad de la Ordenanza suscitada por falta de comunicación previa de la aprobación de la Ordenanza a la Comisión Europea según lo dispuesto ..., no puede prosperar; dado que en todo caso una eventual ausencia de tal remisión afectaría únicamente a la eficacia y no a la validez de la Ordenanza.

4. En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Las normas urbanísticas que regulan el uso del suelo y las edificaciones, que lógicamente comportan limitaciones, no pueden ser consideradas normas de las que derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Debemos recordar lo señalado por la sentencia del TSJ del País Vasco anteriormente citada:

“En este ámbito, en respuesta a lo trasladado por la demanda, (remitiéndonos a lo razonado en STS 259/2016, de 19 de octubre de 2016,... sobre la incidencia de la ordenación del territorio y el urbanismo), debemos señalar que cualquier régimen jurídico sobre los usos, materia propia del planeamiento urbanístico, tiene incidencia en las actividades que se puedan desarrollar en los distintos locales, lo que sin más no implica que se incida en actuaciones contrarias a la normativa en defensa de la competencia, dado que el planteamiento extremo que se deriva de lo que defiende la demanda, implicaría excluir todo tipo de regulación sobre los usos, lo que no puede ser así, sin perjuicio de que, obviamente, tenga consecuencias también económicas, en concreto desde el punto de vista de la propiedad de los locales, porque un local, cuantas más actividades se puedan en él desarrollar, en principio tendrá mayor atractivo comercial, por ello mayor valor de mercado.

Asimismo, al estar limitadas las licencias, los locales con licencia tienen un valor añadido, lo que insistimos, no puede implicar excluir, en lo que ahora interesa, el régimen de distancias respecto de los establecimientos de hostelería, con la justificación que hemos valorado y la Sala ratifica⁴⁴

3.5. La ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado. En especial el artículo 20.4.

En línea con las dos leyes anteriores establece en el artículo 5 que, en el caso de establecerse límites al acceso a una actividad de servicio o a su ejercicio, los límites deben motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general.

El artículo 17 se refiere a la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, es de destacar lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 20, Eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas:

“El principio de eficacia en todo el territorio nacional no se aplicará en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física. No obstante, cuando el operador esté legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura”

En nuestra opinión en ese apartado se regula la cuestión de un modo correcto: una cosa es autorizar el ejercicio de una actividad de servicios en todo el territorio nacional y otra muy

⁴⁴Al respecto la sentencia del TSJ del País Vasco ha dicho anteriormente: *regulación de distancias que implica, obviamente, la limitación de la posibilidad de asentar establecimientos de hostelería, que a los efectos que nos ocupan se configura lo que deben entenderse como razón imperiosa de interés general, el supuesto específico de protección del medio ambiente y el entorno urbano.* Para entender esa referencia, hay que tener en cuenta que el Ayuntamiento de Bilbao había remitido la Ordenanza a la Comisión Europea.

distinta exigir una autorización⁴⁵ o declaración responsable vinculada a una concreta instalación o infraestructura física; una cosa es la libertad de establecimiento y otra muy distinta la libertad de establecimiento físico.

Las normas urbanísticas de San Sebastián no restringen ni limitan territorialmente el ejercicio de la actividad de explotación de viviendas turísticas en el sentido al que se refieren esas leyes, lo que las normas urbanísticas hacen es regular el uso de las edificaciones residenciales en aplicación de razones única y exclusivamente urbanísticas⁴⁶ y esa regulación no puede en modo alguno reputarse contraria al derecho de la competencia.

3.6 La interpretación jurisprudencial del conflicto entre esas leyes y los Planes y las Normas de Ordenación del Territorio y/o Urbanísticas.

En principio, son tres los ámbitos en los que se han planteado controversias de este tipo: en el ámbito de los equipamientos comerciales, en el ámbito de los usos recreativos y de hostelería y en el ámbito de las viviendas turísticas y otras modalidades de uso hotelero.

Ámbito de los equipamientos comerciales

En el ámbito de los equipamientos comerciales destaca la sentencia del TS de 3 de septiembre de 2015, dictada en el recurso de casación 3408/2014, por la que, por lo que ahora importa, anula la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de julio de 2014; y anula las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales -en adelante PTS- que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

El TS no comparte el parecer del Tribunal *a quo* y considera que, en contra de lo sostenido por éste, el PTS acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales; a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admite tanto la Directiva como la Ley estatal que la traspone.

Según el TS, además, esa Ley estatal exige que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales se motiven suficientemente en la ley que las establezca (artículo 5); esto es, que deben establecerse en una norma con rango de ley.

En definitiva, según el TS no se cumple ninguno de los dos requisitos: el PTS no tiene rango de ley y no justifica el cumplimiento de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.⁴⁷

⁴⁵Licencia en la terminología urbanística de España.

⁴⁶Preservar el uso de vivienda al servicio del derecho a la vivienda y proteger a los vecinos domiciliados en el inmueble.

⁴⁷En nuestra opinión esa sentencia del TS es más que discutible. En primer lugar, porque El PTS en cuestión también justifica sus determinaciones, y además principalmente, en razones urbanísticas: fundamentalmente, la movilidad sostenible y la protección de los usos comerciales en las ciudades; esto es, esta última básicamente la razón esgrimida por el municipio holandés en el supuesto que hemos comentado. En segundo lugar, por cuanto no estamos en el marco de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009, sino en todo caso en el ámbito de lo dispuesto en su artículo 11; y en ese caso, no parece que se exija que la norma tenga rango de ley.

Destaca también la sentencia 613/2013, de 30 de septiembre, del TSJ de Cataluña por la que se declara la nulidad de varios artículos del Plan Especial de Equipamiento Comercial Alimentario de Barcelona⁴⁸

Ámbito de los usos recreativos y de hostelería

Son más o menos numerosos los municipios que han aprobado normas y/u ordenanzas limitando los usos recreativos y de hostelería a través tanto del establecimiento de regímenes de distancias mínimas como de la declaración de zona saturada.

Salvo error u omisión en todos los casos examinados los Tribunales han declarado la conformidad a derecho de esas disposiciones⁴⁹

Así, entre otras, podemos citar:

-La ya citada sentencia del TS 2259/2016, de 19 de octubre de 2016.

-La sentencia 620/2014, de 5 de noviembre de 2014, del TSJ de Cataluña.

-La sentencia 640/2015, de 19 de octubre de 2015, del TSJ de Aragón.

-La también ya citada sentencia 43/2018, de 29 de enero de 2018, del TSJ del País Vasco.

Ámbito de las viviendas turísticas⁵⁰

En este ámbito puede consultarse la sentencia 391/2017, de 19 de junio de 2017 del TSJ de Cataluña y las precedentes de ese mismo Tribunal que en el mismo se citan⁵¹

De esa sentencia destacamos, la referencia que se hace a lo declarado por el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia núm. 227/1993, de 9 de julio y en concreto al siguiente párrafo:

“La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos – ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes- un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas -estatales, autonómicas locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio”

⁴⁸El Tribunal considera que las restricciones cuestionadas no se hallan debidamente justificadas, tal y como exige el artículo 11.2 de la Ley 17/2009. No basta invocar que existe una razón imperiosa de interés general, sino que ha de acreditarse que la medida resulta adecuada a la finalidad perseguida y, además, que no existen otros modos de alcanzarla que sean menos onerosos para los interesados. La justificación resulta más necesaria en la medida en el que PECAB no establece una mera limitación cuantitativa, sin de exclusión absoluta de este tipo de grandes superficies; cuando además el Decreto-ley 1/2009 dispone que los grandes establecimientos comerciales territoriales sólo pueden instalarse en la trama urbana consolidada de los municipios de más de 50.000 habitantes.

⁴⁹En relación con el tema que nos ocupa en algunos casos han declarado que la Directiva no es aplicable a las normas urbanísticas y en otros casos que las normas urbanísticas en cuestión están justificadas en razones imperiosas de interés general.

⁵⁰La sentencia 1128/2018 del TSJ de Cataluña ya citada se refiere a un Plan Especial que entiendo establece limitaciones para todos los usos hoteleros, no sólo para viviendas turísticas.

⁵¹En el mismo sentido la reciente, y ya citada en nota 35, sentencia n.º 974, de 15 de noviembre de 2018, del TSJ de Cataluña.

No nos cansaremos de repetirlo: libertad de establecimiento, no libertad de establecimiento físico.

A continuación destacamos también la referencia a sentencias anteriores dictadas contra el mismo Plan especial de 2010 -el objeto del nuevo recurso es una modificación de ese Plan aprobada en el 2013- en las que se rechaza que la regulación vulnere la libertad de empresa, señalándose expresamente en la sentencia 620/2014, de 5 de noviembre:

“aparecen como razonables las prohibiciones a la ubicación de determinados establecimientos en ciertas zonas que se enumeran, como las restricciones impuestas en otros preceptos en función de densidades o distancias entre ellos (14.2.b) pues, ..., se trata de evitar su proliferación y concentración en un mismo lugar. Habiendo señalado la jurisprudencia que para la imposición de tales restricciones tiene competencia la administración local con fundamento en el artículo 25.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, relativo a la protección del medio ambiente, pudiendo establecer limitaciones al respecto no sólo mediante medidas correctoras de los ruidos y vibraciones, aplicables a cualquier actividad que los produzca, sino también para evitar los efectos aditivos, sin perjuicio de los de otra naturaleza concurrente”

Y más adelante en el último párrafo del apartado 3 del fundamento de derecho tercero tras exponer el objetivo de la modificación -mantenimiento de la masa residencial del Distrito y la convivencia equilibrada entre los diferentes usos urbanos- objetivo que señala que:

“..., por lo expuesto, y a falta de prueba en contrario, se adecua a los intereses públicos urbanísticos de desarrollo sostenible previstos en el artículo 3 del Texto Refundido”

Y muy especialmente, por lo que ahora importa, debemos destacar el apartado 8 de ese fundamento tercero en el que nos recuerda que la sala ya se pronunció sobre la inaplicabilidad de la Directiva 2006/123 al Plan Especial de 2010 -sentencia n.º 357, de 12 de junio de 2014; y la del TS de 8 de marzo de 2016, dictada en casación- y que en cualquier caso, el objetivo de la modificación aparece racionalmente justificado.

3.7 La interpretación jurisprudencial del conflicto entre esas leyes y la legislación sectorial turística que regula las viviendas turísticas.

Son varias las sentencias que se han pronunciado en relación con normativa autonómica reguladora de las viviendas turísticas desde la perspectiva sectorial turística. En la mayor parte de los casos, la recurrente es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -en adelante CNMC-

Así, cuando menos:

-Sentencia 291/2016, de 31 de mayo de 2016, del TSJ de Madrid en recurso interpuesto contra disposiciones del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid. Recurre la CNMC.

-Sentencia 94/2015, de 21 de marzo de 2017, del TSJ de Canarias contra disposiciones del Decreto 113/2015, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de

la Comunidad Autónoma de Canarias. Recurre la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos.

-Sentencia 86/2018, de 2 de febrero de 2018, del TSJ de Castilla y León contra disposiciones del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la citada Comunidad. Recurre la CNMC.

-Sentencia 64/2018, de 14 de febrero de 2018, del TSJ de Galicia contra diversos artículos del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia. Recurre la CNMC. Por auto de 15 de octubre de 2018 el TS ha admitido a trámite el recurso de casación interpuesto por la CNMC.

-Sentencia 1766/2018. de 12 de diciembre de 2018 del TS, en la que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 del Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. El recurso de casación lo interpone el letrado de la Comunidad Autónoma.

De entre las citadas, por lo que respecta al tema que nos ocupa, hemos de destacar la sentencia del TSJ de Galicia.

Efectivamente, uno de los artículos del Decreto recurridos por la CNMC es el artículo 5.6 que textualmente dice:

“Las viviendas de uso turístico estarán situadas en suelo de uso residencial. Además, cuando la normativa urbanística lo permita, las viviendas de uso turístico podrán estar situadas en suelos de uso distinto al residencial.

Los ayuntamientos podrán establecer limitaciones en lo que respecta al número de máximo de viviendas de uso turístico por edificio o sector”

La sentencia del TSJ de Galicia, tras exponer lo indicado en algunos párrafos de la exposición de motivos⁵² señala:

“Si atendemos a la literalidad de la disposición, que atribuye la posibilidad de limitación a los Ayuntamientos, de conformidad con sus competencias tanto en materia de urbanismo como de garantizar la convivencia, y atendemos a la justificación ofrecida de la necesidad de limitar las molestias causadas a los residentes, entendemos que el precepto no infringe la libertad de empresa sino que impone límites que entran dentro del marco de protección de un interés general que ha de prevalecer, conforme al artículo 39 bis) de la LPAC, introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Por lo que también este motivo del recurso ha de ser desestimado”

Eso sí, como hemos señalado se trata de una cuestión aún abierta, al estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto contra esa sentencia por la CNMC.

⁵²Destacamos el siguiente. *Las problemáticas más relevantes vinculadas a esta actividad son de diversa índole, impacto económico social, fiscalidad y tributación, garantía y seguridad de las personas usuarias, molestias causadas a los residentes y a la ciudadanía, intrusismo y competencia desleal, entre otras ...*

En nuestra opinión, es evidente que los Ayuntamientos pueden establecer limitaciones al uso de vivienda turística en el marco de la regulación de los usos del suelo y las edificaciones; así como que no hace falta que eso lo diga la legislación sectorial turística⁵³

4. RECAPITULANDO.

1. En España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local el Municipio ha de ejercer en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

j) Protección de la salubridad pública.

2. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco el Ayuntamiento de San Sebastián es competente para la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana y sus Normas Urbanísticas, así como de las Ordenanzas complementarias de la ordenación urbanística.

3. Una de las determinaciones de ordenación estructural que el Plan General de Ordenación Urbana ha de establecer es la calificación global del término municipal con la división del suelo en zonas, distinguiendo, además, entre zonas de uso público y zonas de uso privado⁵⁴

4. Además, en el suelo urbano y en el urbanizable sectorizado la fijación de la edificabilidad urbanística, del uso característico y de los usos compatibles que se prevean, con indicación del porcentaje máximo de edificabilidad urbanística correspondiente a estos últimos⁵⁵

5. En suelo urbano es una determinación de ordenación pormenorizada el establecimiento de las edificabilidades físicas pormenorizadas, disponiendo en su caso, la relación de usos compatibles, así como los porcentajes máximos y mínimos de cada uso permitido⁵⁶

6. En definitiva uno de los principales cometidos del PGOU y de sus Normas es ordenar el uso del suelo y de las edificaciones del término municipal.

7. El PGOU de San Sebastián determina que con carácter general las edificaciones residenciales han de destinarse de forma predominante al uso de vivienda⁵⁷ y limita la posibilidad de implantar usos no residenciales ocupando parcialmente una edificación

⁵³Confío que la sentencia del TS no ponga en cuestión la competencia urbanística municipal para regular el uso del suelo y las edificaciones; pero me preocupa que tenga que pronunciarse al respecto en un pleito en el que los municipios no estamos.

⁵⁴Artículo 53.1.c) de la Ley 2/2006.

⁵⁵Artículo 53.2. c) de la Ley 2/2006.

⁵⁶Artículo 56.1. e) de la Ley 2/2006.

⁵⁷Considero que incluso un Plan podría prohibir que en los edificios residenciales se implanten usos no residenciales; esto es, podría establecer que el único uso posible de los edificios residenciales es el uso residencial. Como hemos dicho el PGOU de San Sebastián considera que permitir de modo controlado otros usos es enriquecedor.

residencial con acceso común al de las viviendas. Las razones de esas dos últimas determinaciones son claras:

a) El Ayuntamiento quiere que los edificios residenciales se destinen de forma predominante a vivienda con objeto de garantizar una adecuada respuesta a esa necesidad⁵⁸

b) El Ayuntamiento quiere proteger a los vecinos residentes en el inmueble, limitando los usos no residenciales potencialmente molestos, insalubres, perturbadores de la convivencia, generadores de inseguridad, etc⁵⁹

8. La Directiva de Servicios 2006/123 no es aplicable a las Normas Urbanísticas, lo dice expresamente su considerando 9. Por lo mismo, no son aplicables ni la Ley 17/2009 ni la Ley 3/2013, ni la Ley 20/2013. Las normas urbanísticas no pueden considerarse barreras de entrada ni obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

9. No puede ni debe confundirse la libertad de establecimiento con la libertad de establecimiento físico. A nadie se le ha ocurrido sostener, por ejemplo, que como los planes urbanísticos no permiten en cualquier edificio residencial y en cualquier planta la actividad de reparación de vehículos, o cualquier otra actividad económica que se nos ocurra, están restringiendo esa actividad en el sentido indicado en la Directiva o en las leyes estatales citadas.

10. No pueden confundirse los dos planos: el plano de los usos urbanísticos y el plano del ejercicio de las actividades de servicios.

Recordemos de nuevo lo indicado por el TS del País Vasco en la sentencia citada:

“...debemos señalar que cualquier régimen jurídico sobre los usos, materia propia del planeamiento urbanístico, tiene incidencia en las actividades que se pueden desarrollar en los distintos locales, lo que sin más no implica que se incida en actuaciones contrarias a la normativa en defensa de la competencia, dado que el planteamiento extremo que se deriva de lo que defiende la demanda⁶⁰, implicaría excluir todo tipo de regulación sobre los usos, lo que no puede ser así, sin perjuicio de que, obviamente, tenga consecuencias también económicas...”

11. Todo cambio de uso, bien sea de un edificio completo, bien sea parcial, requiere de una licencia urbanística de cambio de uso⁶¹ Salvo error u omisión, no hay ninguna disposición, ni básica, ni autonómica, por la que se haya eximido a los cambios de uso urbanístico de la necesidad de obtener licencia o por la que se exija alguna justificación especial a los planes y normas urbanísticas desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y/o del derecho de la competencia⁶²

⁵⁸Esa disposición tiene una clara justificación en lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución y en el artículo 3.3. a) del RDLeg 7/2015, Texto refundido de la Ley del Suelo.

⁵⁹Trasiego de personas ajenas al inmueble, lo que genera percepción de inseguridad, usos inadecuados de elementos comunes, ruidos, etc.

⁶⁰La demandante es la Autoridad Vasca de la Competencia, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco.

⁶¹En el caso del País Vasco, así lo establece el artículo 207.1 r) de la Ley 2/2006.

⁶²Como hemos señalado anteriormente si se ha introducido un nuevo inciso en la letra s) de ese artículo 207, en relación con la licencia de apertura de establecimientos. Sólo podrá exigirse licencia de apertura cuando concurren razones de orden, seguridad o salud pública.

12. Eso sí, cuando los planes y normas urbanísticas regulan el uso del suelo y las edificaciones y establecen por zonas y/o tipo de edificaciones los usos característicos, los autorizados, los compatibles, los prohibidos deben hacerlo siempre de forma motivada y justificada; y así lo hacen; por lo que será muy difícil encontrar una norma urbanística reguladora de los usos del suelo y las edificaciones que no cumpla las tres condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad; una norma que no esté justificada en una razón imperiosa de interés general y/o no sea proporcionada.

13. Prueba de ello es que habiendo miles de planes y normas urbanísticas que regulan el uso del suelo y las edificaciones son muy pocos los recurridos con esa fundamentación; y de esos recurridos son también pocos los supuestos en los que se entiende que la norma urbanística o de ordenación territorial se ha dictado por razones económicas y, en consecuencia, es contraria a la Directiva y a las Leyes estatales citadas⁶³.

5. CONCLUSIONES

1. No deben confundirse el plano de los usos urbanísticos y el plano del ejercicio de las actividades de servicio.

Una cosa es la normativa urbanística que regula el uso del suelo y las edificaciones y otra la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicio.

2. Las normas urbanísticas de un municipio que regulan el uso de las plantas altas de los edificios residenciales en los términos en los que lo hacen en San Sebastián el PGOU -respecto de todos los usos no residenciales susceptibles de ser autorizados- y la Ordenanza -respecto del uso de vivienda turística- no están afectadas por lo establecido en el artículo 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre; ni pueden considerarse normas de las que derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados a efectos de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, ni son contrarias a lo establecido en la Ley 20/2013.

3. Además, parafraseando al TS en su sentencia de 19 de octubre de 2016, aún en el caso de que estimáramos en una interpretación extensiva que nos hallamos ante un supuesto regulado en la Directiva y en las leyes estatales citadas, latan en esas normas urbanísticas razones imperiosas de interés general.

4. Convendría que los municipios, a través de la FEMP, de EUDEL, etc. se preocupen del tema y defiendan sus competencias urbanísticas para regular el uso del suelo y las edificaciones⁶⁴

En San Sebastián, a 13 de febrero de 2019.

⁶³Además, como ya he dicho anteriormente, en mi opinión, en algún caso, la sentencia dictada en ese sentido realiza una interpretación que considero más que discutible. Además, en ocasiones se confunden razones económicas con efectos económicos. Evidentemente, las normas urbanísticas que se dictan por razones urbanísticas tienen efectos económicos; pero no se dictan por razones económicas.

⁶⁴Personalmente, como he dicho, me preocupa lo que pueda decir el TS en el recurso interpuesto por la CNMC respecto de la norma reguladora de las viviendas turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia al que anteriormente hemos hecho referencia.

El Letrado del Ayuntamiento de San Sebastián.

Iñaki Atxukarro Arruabarrena