

La reciente sentencia de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2020, ponente D. Rafael Fernandez Valverde, viene a cerrar el debate en torno a la capacidad de los ayuntamientos para ordenar, en su territorio, la implantación de las VUT (viviendas de uso turístico) y otras fórmulas alojativas de corta duración surgidas originariamente de la economía colaborativa, a través de los planes urbanísticos.

Esta es la primera oportunidad en la que el T Supremo ha tenido ocasión de analizar, en el tema que nos ocupa, el impacto que la Directiva de Servicios 2006/123/CE y las leyes nacionales dictadas para su incorporación (Ley 7/2009, de 23 de noviembre (art. 3.11) sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado), pueden alcanzar en las normas de ordenación urbanística municipal.

Hasta ahora el TS venía despejando algunas incógnitas sobre las posibilidades regulatorias de la VUT pero siempre desde el ámbito de la normativa autonómica de carácter turístico; aunque alguna de estas normas, como en el caso de Galicia (Decreto 12/2017 de 23 de enero) y de Canarias (el Decreto 113/2015 de 22 de mayo) sucumbieran a la tentación de incorporar en su articulado referencias de carácter urbanístico, consentidas en el caso de Galicia al no comprometer su art. 5.6 la autonomía municipal en la materia urbanística, y anuladas en el caso canario por cuestiones de índole formal y material (el Decreto 113/2015 de 22 de mayo ni tenía apoyatura explícita en la ley reguladora de turismo de Canarias, ni justificaba fundadamente las restricciones a la implantación de vivienda turística en zonas o urbanizaciones declaradas turísticas).

La importancia de la doctrina sentada en la sentencia comentada se proyecta tanto en el plano cuantitativo, despliega sus efectos en todo el territorio nacional, como cualitativo, en la medida en la que reconoce la capacidad municipal para someter a las VUT al régimen de usos equipamental e intervenir en la regulación de este uso a través de los instrumentos urbanísticos de planeamiento.

Apoya su tesis el Tribunal en el derecho constitucionalmente protegido a disfrutar de una vivienda digna, y en la consideración de razón imperiosa de interés general que la Directiva atribuye a la protección del entorno urbano, constituyendo estos dos conceptos los pilares fundamentales que matizan y atemperan la libertad de empresa, art. 38 CE y de libre establecimiento proclamada en el art 4 de la ley 17/2009.

Impone esta sentencia la necesidad de observar con juicio equilibrado los designios del libre mercado, mediante la interpretación contextualizada del art. 38 de la Constitución, así como, de los art. 5 y 17.4 la L. 20/2013 de 9 de diciembre y 3.11 de la L 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios, con otros valores individuales y sociales protegidos con los que ha de convivir, obteniendo el punto de encuentro que viabilice la convivencia del uso residencial, con algunas actividades de servicios de carácter equipamental, como las VUT.

La doctrina sentada por el alto tribunal coge pie de la también reciente sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran sala, ECLI:EU: 2020:746), dictada en los asunto acumulados C-724/18 y C-727/18) en la que quedan definitivamente ancladas cuestiones que inciden de lleno en la sentencia comentada:

**1.- La actividad de arrendamiento de inmueble destinado a vivienda a clientes de paso que no fijan en ella su domicilio, de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo a cambio de remuneración, está comprendida en el concepto de servicio.**

En coherencia con esta calificación del Tribunal Europeo nuestro TS determina que la calificación como equipamental o de servicios, es absolutamente razonable por contraposición al uso estrictamente residencial en el que prima la satisfacción del derecho a disfrutar de una vivienda digna (art 47 de la constitución).

Esencial para comprender la tensión entre el uso residencial , viviendas con vocación de servir de residencia estable y habitual, y las VUT es que ambos usos se alojan en edificios residenciales, tanto es así que las VUT deben acomodarse en edificios con uso vividero, y es precisamente esta posibilidad de modificar el uso principal de vivienda residencial en VUT lo que puede colisionar con la necesidad de garantizar el derecho a una vivienda digna, tal y como esta es concebida por nuestro ordenamiento jurídico.

Esta confluencia de usos en un mismo elemento físico y la influencia del permitido o complementario sobre el principal es lo que lleva al TS a concebir la facultar urbanística de los municipios como un atributo-deber con el que los ayuntamientos ordenen su territorio conciliado *“la satisfacción del derecho a una vivienda digna con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico”*, así como, controlando la dignidad del entorno urbano, evitando su deterioro.

La legitimidad de los ayuntamientos para regular el uso de VUT, la capacidad municipal para acotar el libre albedrío del mercado cuando este incide en el derecho a una vivienda digna, está fuera de toda duda.

Por tanto, el caballo de Troya que abre el camino al ejercicio de la competencia urbanística en la regulación de las VUT no es tanto el título legitimador como la virtud en su ejercicio.

Las virtudes en este caso tienen nombre de Necesidad y Proporcionalidad, ambas protagonistas del art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado

Necesidad por razones imperiosas de interés general; en este caso las ya comentadas exigencias de garantizar una vivienda digna y del entorno urbano, ofreciendo cumplida observancia al art. 3.11 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios.

La preservación de la dignidad de la vivienda se solucionó en el PGOU de Bilbao mediante una línea divisoria virtual entre las VUT y las viviendas residenciales, situando a aquellas en las primeras plantas habitables de los inmuebles o superiores con acceso independiente a la vía pública, evitando o minimizando de esta forma el uso compartido de elementos comunes del inmueble por usos cuyas costumbres son susceptibles de distorsionar el descanso y la intimidad de la que deben disfrutar las viviendas que constituyen domicilios.

La preservación del entorno urbano encuentra su justificación en la imposibilidad de mantener adecuadamente los servicios públicos que deben servirse a los ciudadanos del municipio de forma dimensionada en el ámbito urbano residencial, si como parece pretender el mercado todo el espacio residencial es susceptible de convertirse en VUT. Obviamente el mercado en busca de la máxima rentabilidad concentraría las VUT en las zonas de mayor atractivo turístico (como así ha venido ocurriendo en algunas ciudades), desplazando a la población por encarecimiento de los precios de la vivienda y con ello abandonando el uso de infraestructuras instaladas para servir a la población estable (colegios, instalaciones deportivas, sanitarias, etc.)

Proporcionalidad: criterio de magnitud de carácter casuístico que habrá de ser estudiado, justificado y probado en cada caso. Bilbao obtuvo el plácet de la proporcionalidad en primera instancia esgrimiendo los datos aportados por la propia CNMC; considerando que la regulación

del uso de VUT incorporada al PGOU de Bilbao afectaba al 67 % del parque de viviendas existentes en la ciudad, resultando una disponibilidad de viviendas con posibilidad de proyectar su transformación en VUT de 53.000 aproximadamente, por lo que partiendo de estas premisas se descubría que el Plan de ordenación estaba ofreciendo una oportunidad de crecimiento de este sector de actividad de más de 52.000 viviendas, ya que hasta el 2017 en Bilbao se encontraba registradas 620 VUT.

**2.- En relación al motivo de oposición consistente en la incompatibilidad de obtener previo informe urbanístico de validación del cambio de uso a VUT, con la Directiva de servicios y las leyes nacionales para su incorporación, el tribunal lo considera ajustado conforme a la normativa vasca de aplicación, ya que la validación de cambio de uso es exigido tanto por la Ley 13/2016, de 28 de julio de Turismo del País Vasco, art 18.1 , como por la Ley 2/2006 de 30 de junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco ,art. 207.1.r), en forma de licencia, procedimiento más severo y exigente que el simple informe de conformidad urbanística impuesto en la norma impugnada, disminución de gravosidad por cierto alabada por el tribunal Supremo como fórmula de adaptación a las exigencias del art. 17.4 de la Ley 20/2013 de 9 de diciembre de unidad de mercado.**

Recuerda por otra parte el tribunal en su FJ Decimo que esta misma postura ya había sido mantenida en anteriores sentencias: 625/2019 de 1 de julio en relación a la exigencia de licencia de primera ocupación prevista en la normativa turística gallega y en la sentencia 1741/2018 de 10 de diciembre y 1816/2018 de 19 de septiembre en relación a la exigencia de plano de la vivienda antes del inicio de la actividad previsto en la normativa autonómica madrileña.

Abundando aún más, refiere la sentencia que en el párrafo 70 de la aludida Sentencia del TJUE valida el régimen de autorización para operar el cambio de uso, considerando por lo demás que este es el sistema que mejor sirve para alcanzar el objetivo que hoy en día acucia a las grandes ciudades españolas, la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento a largo plazo, apostillando que una intervención posterior, como sería el caso de limitar a la declaración previa el proceso de transformación del uso, no resultaría eficaz en pos del objetivo propuesto.

**3 – El último aspecto del recurso abordado en la sentencia es la cuestión de los límites o requerimientos insertados en la norma impugnada para considerar alojamiento por habitaciones como una forma de explotación turística de la vivienda particular.**

Es esta otra modalidad de uso turístico de una vivienda que se diferencia de la hasta aquí comentada en que en esta reside su titular.

El ayuntamiento limitó a 3 el número de habitaciones que podían destinarse a uso turístico con independencia de las de uso particular del residente de la vivienda.

Esta modalidad no implica cambio de uso y su establecimiento es absolutamente libre.

El hecho de superar el número de 3 habitaciones dispuesto para este tipo de viviendas no supone impedimento alguno para destinar más de 3 habitaciones al uso alojativo, si bien la vivienda modificaría su estatus a establecimiento hotelero al que le sería de aplicación el régimen jurídico específico para tales actividades y no solo desde el punto de vista urbanístico sino también de la actividad.

En consecuencia el TS considera que la limitación no entraña una barrera para el acceso al mercado en la medida en la que la legislación sectorial turística también diferencia al proveedor particular del profesional por el número de plazas ofertadas.

En un intento de sintetizar podría decirse que la doctrina contenida en esta pedagógica sentencia parte de la hacer de la vivienda residencial la referencia para diseñar el modelo de convivencia de usos cuya virtud deberá reposar en el equilibrio y la proporción.