



Roj: **STS 4384/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4384**

Id Cendoj: **28079130032018100452**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/12/2018**

Nº de Recurso: **4959/2017**

Nº de Resolución: **1766/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.766/2018

Fecha de sentencia: 12/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **4959/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 27/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: **4959/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1766/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde



D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número **4959/2017**, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de mayo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 118/2015, anulando el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ha sido parte recurrida D. Urbano , representado por el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo y bajo dirección letrada de D. Francisco J. Luzardo Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 118/2015, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó sentencia el 25 de mayo de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"1º Estimar el recurso.

2º Anular el artículo 3.2 y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

3º Con imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias tuvo por preparado mediante Auto de 25 de julio de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" 1.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia referenciada en el punto anterior.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una regulación como la contemplada por el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

3.º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 19 de marzo de 2018, se acuerda que, recibidas las presentes actuaciones procedentes de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, presentó escrito de interposición del recurso de casación el 4 de diciembre de 2017, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:



" tenga por presentado este escrito, lo admita y, en consecuencia, tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 25 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Santa Cruz de Tenerife, recaída en el recurso 118/2015, y, en virtud de lo manifestado, declare haber lugar al recurso de casación interpuesto, case la Sentencia recurrida y, entrando en el fondo, desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto al no incurrir el Decreto y el Reglamento recurrido en instancia en ninguna de las infracciones que se le imputan."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 4 de mayo de 2018, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, D. Urbano, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó su procurador D. Joaquín de Diego Quevedo en escrito presentado el 4 de junio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

"Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias el secretario judicial se sirva admitirlo y tener por interpuesto, en tiempo y forma, y en la representación de Don Urbano que tengo acreditada, el presente ESCRITO DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, el Tribunal dicte en su día sentencia desestimando el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente, pues así procede en derecho."

SEXTO.- Por providencia de 28 de junio de 2018, se acuerda, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, haber lugar a la celebración de vista pública, por providencia de 11 de julio de 2018, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y por providencia de 3 de septiembre de 2018 se señaló este recurso para vista pública el día 27 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto, celebrándose la deliberación conjuntamente con el recurso de casación 3760/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de mayo de 2017 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de mayo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Urbano contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Tribunal de instancia fundamenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad del artículo 3.2 y del subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

"Dicho precepto reglamentario ha sido anulado por sentencia de esta Sala de fecha 21 de marzo de 2017 (RJCA 2017, 645) (recurso 94/15) por carecer de cobertura legal en la Ley de Turismo e infringir la libertad de empresa (artículo 38 CE (RCL 1978, 2836)) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE) (LCEur 2006, 3520) limitando la oferta turística sin justificación suficiente según lo declarado en el fundamento tercero a cuyo tenor literal:

La exclusión que se hace en el apartado segundo del artículo 3 del ámbito del reglamento de "las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la ley 2/2013 de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, que en realidad se refiere a los servicios alojativos ofertados en estas edificaciones, merece una lectura distinta, puesto que al entrar estas ofertas dentro del concepto de actividad turística, su exclusión del ámbito de aplicación del reglamento equivale a su prohibición. Esto es, lo que se pretende es que no se ofrezcan servicios alojativos con fines turísticos sobre viviendas que se encuentren en zonas turísticas o suelos de uso mixto.

La administración demandada trata de justificar esta exclusión de distinta manera - según el letrado encargado de formalizar la demanda- apelando a que en suelo turístico no pueden existir viviendas vacacionales, o a que se regulan otras modalidades de alojamiento turístico que se sitúan en ámbitos territoriales concretos.



El primer argumento no es sino una falacia, puesto que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales. La especialización de usos según zonas que tratan de promover las distintas leyes en materia turística - ley 6/2009, de 6 de mayo (LCAN 2009, 184) , ley 2/2013, de 29 de mayo- no es sino una aspiración, pero dista mucho de ser una realidad.

El segundo argumento no puede ser valorado de mejor manera, puesto que decir que la normativa turística exige que los hoteles de ciudad se sitúen en las ciudades, o que los alojamientos de turismo rural se emplacen en el campo, es un argumento inconsistente. Lo que sucede es que se exigen unos estándares de calidad distintos a los establecimientos alojativos que se encuentren en las ciudades o en el campo. No se establece una limitación al establecimiento de alojamientos turísticos en determinadas zonas.

La Ley de turismo de Canarias no habilita, por tanto, al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desempeñada fuera de las zonas turísticas. Lo que se contempla es que determinadas ofertas de turismo alojativo sean sometidas a estándares menos exigentes por razón de encontrarse fuera de las zonas turísticas.

Así las cosas, excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias.

El reglamento infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE (RCL 1978, 2836)) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520) , de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquéllos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.

Por la misma razón debe anularse el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2."

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en la infracción de los artículos 33.2, 45, 47, 53.1 y 148.1.18ª de la Constitución española, así como del artículo 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto, los artículos 3, 4, 11 y 12 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; los artículos 49, 56, 57, 58 y 59 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo; los artículos 2, 3 y 23 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.

También se denuncia la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, citándose las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1976 (Arz 876); 7 de noviembre de 1988 (Arz 8783), así como la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, pronunciadas en relación con la función social y estatuto jurídico de la propiedad y con la indebida limitación de las potestades y de las políticas públicas de ordenación territorial y de ordenación del turismo.

Se aduce al respecto que, en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, el artículo 3.2 del Reglamento de las viviendas vacacionales de Canarias no regula una determinada tipología turística sino el uso turístico del suelo, entendido como suelo de valor estratégico, que debe ser reservado para este uso y no para uso residencial u otros usos incompatibles.

En segundo término, se citan como normas infringidas los artículos 9, 14 y 38 de la Constitución española, los artículos 4, 9 y 16 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, los artículos 3 y 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con los artículos 26, 32, 38, 57, 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, y de las Directrices 55, de Ordenación General, y 8, 9, 13 y 18, de Ordenación del Turismo, aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril.

Se denuncia la infracción de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, mencionándose las sentencias del Tribunal Constitucional 225/1993, de 8 de julio y 209/2015, de 8 de octubre; y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, (rec. 2625/2015) pronunciadas en relación con los principios de seguridad jurídica e igualdad, libertad de empresa y las limitaciones por razones imperiosas de interés general.

Se afirma que el Reglamento de viviendas vacacionales no trata de proteger la oferta de establecimientos turísticos sino el destino turístico (calificación del suelo).



Se arguye que la Directiva 2006/123/CE regula la libre prestación de servicios indicando una serie de supuestos que permite introducir algunas excepciones cuando se cumplen determinados requisitos, por aplicación de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

Se manifiesta que la normativa reglamentaria cuestionada resulta justificada por razones imperiosas de interés general, como es la política pública de preservar y recuperar los suelos turísticos estratégicos con uso turístico obligatorio.

SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y del artículo 3.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se centra en determinar si una regulación, como la contemplada en el artículo 3.2 del Decreto del Gobierno de Canarias 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que regula las condiciones y requisitos que deben cumplir las viviendas vacacionales como nueva tipología de la modalidad de alojamientos turísticos extrahoteleros, es o no compatible con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que establece que las autoridades competentes que impongan límites al ejercicio de una actividad económica deberán motivar su necesidad en la salvaguardia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Se trata, por tanto, de dilucidar si está suficientemente justificada la necesidad de la regulación de las viviendas vacacionales que rige en la Comunidad Autónoma de Canarias, en este concreto extremo, referido a la exclusión del ámbito de aplicación de este Reglamento las edificaciones ubicadas en suelos turísticos estratégicos que se encuentren dentro de las zonas turísticas, por tratar de preservar alguna razón imperiosa de interés general de entre las contempladas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y si se revela proporcionada.

Concretamente, según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2018, la controversia jurídica que se suscita, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar si una regulación como la contemplada por el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

A tal efecto, resulta pertinente poner de relieve que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión comporta resolver si, tal como propugna el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, debe revocarse el pronunciamiento de la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por no tomar en consideración que la reglamentación de las viviendas vacacionales de Canarias, que excluye de su ámbito de aplicación las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentran dentro de las zonas turísticas o urbanizaciones turísticas, tiene por objeto preservar los usos y destino de aquellos suelos calificados de estratégicos por su ubicación en zonas turísticas, está plenamente justificada por basarse en motivos relacionados con la aplicación de normas reguladoras de la ordenación del territorio y urbanísticas, que constituyen razones imperiosas de interés general a la luz de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

No obstante, procede precisar que queda al margen del debate casacional la interpretación de las normas de la Comunidad Autónoma de Canarias que se reputan infringidas en el escrito de interposición, al no corresponder su análisis hermenéutico a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ello determina que no debemos revisar el pronunciamiento del Tribunal de instancia relativo a la falta de adecuación del Decreto 113/2015 a la Ley 20/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, por cuanto dicha norma legal-según se sostiene- no habilita al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desarrollada fuera de las zonas turísticas.



Una vez delimitada la controversia casacional, procede transcribir el contenido del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuya nulidad ha sido declarada en la sentencia impugnada por contravenir "claramente" la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE):

"(...)2. Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias."

También debemos reproducir el contenido integro del artículo 5 de la Ley 20/2013 , de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que dispone:

"Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (...) Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica."

Por su parte el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece:

"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."

Enjuiciando el fondo argumental del recurso de casación, esta Sala sostiene que, tal como se razona en la sentencia impugnada, la prohibición de ofertar viviendas vacacionales que se encuentren ubicadas en las zonas turísticas delimitadas en el ámbito territorial de Canarias establecida en el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, es contraria al principio de libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Debe señalarse al respecto que, como se puso de relieve en el acto de la vista celebrado ante esta Sala, la única justificación que se dio acerca de conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitan con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros u extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubiquen en la mismas zonas), lo que entendemos no puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013 , de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La invocación ulterior, en fase procesal, de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo, resulta insuficiente, en la medida que no estimamos convincente la explicación ofrecida respecto que la prohibición contemplada referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas tenga como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio.

El concepto de razones imperiosas de interés general, al que hace referencia, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, abarca, entre otros aspectos, la protección del medio ambiente y del entorno urbano así como la planificación urbana y rural.



En este sentido cabe subrayar que en la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2018 (Asuntos C-360/15, C-31/16) se sostiene que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite de carácter territorial, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en el artículo 15 apartado 3 de dicha norma comunitaria europea.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

Una normativa como la controvertida en este proceso casacional, en que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dispone que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, en cuyo procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que justifique las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas, ni que ellas se puedan inferir de forma directa del contexto jurídico-económico en que se inserta la disposición reglamentaria, resulta incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la medida que resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios.

En consecuencia con lo razonado, debemos rechazar la pretensión revocatoria deducida y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico de Canarias, en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de mayo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 118/2015, anulando el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas del recurso de casación y, en referencia a las costas de instancia, se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico segundo de esta sentencia, respecto de la interpretación aplicativa del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado:

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 118/2015.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada, en referencia a las costas de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde



Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ