

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063685

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1741/2018, de 10 de diciembre de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2347/2016

SUMARIO:**Libertad de establecimiento. Viviendas de uso turístico.**

Declarado nulos por desproporcionados dos artículos del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, que afectan a la necesidad del visado por el Colegio de Arquitectos, así como hacer constar en la publicidad de los apartamentos el número de referencia de su inscripción en el Registro de Empresas.

Primero, se anula la exigencia de que el plano de la vivienda firmado por un técnico competente, del que deben disponer todos los propietarios, esté además "visado por el colegio profesional correspondiente". Si bien, la exigencia de que el titular de la vivienda turística disponga de un plano firmado por técnico competente no resulta exorbitante ni vulnera el principio de libertad de establecimiento. Más bien se trata de un requisito objetivo, no discriminatorio, establecido en la norma con antelación y de forma clara e inequívoca, siendo además una exigencia accesible puesto que no resulta excesivamente gravosa.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo anula el artículo que obliga a estas viviendas a hacer constar "en toda forma de publicidad" de las mismas el número de referencia de su inscripción en el Registro de Empresas. Concretamente, se declara nulo el inciso "...visado por el colegio profesional correspondiente" en el artículo 17.1 del Decreto, así como la nulidad del artículo 17.5 del mencionado Decreto 79/2014.

PRECEPTOS:

Decreto Madrid 79/2014 (apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico), art. 17.

Ley 17/2009, arts. 4, 9 y 12.

Directiva 2006/123 arts. 9 y 16.1.

Ley 2/1974 (colegios profesionales), art. 13.1.

PONENTE:

Don Eduardo Calvo Rojas.

Magistrados:

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

RECURSO CASACION núm.: 2347/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1741/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2347/2016 interpuesto por la Procuradora D^a Irene Gutiérrez Carrillo en representación de la ASOCIACIÓN MADRID ALOJA contra la sentencia de la Sección 9^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 1165/2014. Se ha personado como parte recurrida la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, representada y asistida por su Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección 9^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 1165/2014), cuya parte dispositiva fue la siguiente:

"FALLAMOS.- Que estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Madrid Aloja, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo contra el Decreto 79/2014 , de 10 de julio , de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17 1. 3. y 5 del mencionado Decreto, declaramos la nulidad del inciso del art. 17.3 del Decreto que dispone que las viviendas de uso turístico "...no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...", desestimando el recurso en todo lo demás. Las costas procesales se imponen a la Administración demandada Comunidad Autónoma de Madrid".

Segundo.

En el proceso de instancia la parte recurrente impugnaba tres preceptos o apartados del Decreto 79/2014, de 10 de julio , de la Comunidad Autónoma de Madrid, en concreto: el inciso del artículo 17.1, en cuanto dispone que el plano firmado por técnico competente debe visarse por el colegio profesional correspondiente; el primer inciso del artículo 17.3. en el que se dispone que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior



a cinco días; y, por último, el artículo 17.5 del citado Decreto, en cuando exige la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la dirección General competente en materia de turismo.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso en lo que se refiere al primer inciso del artículo 17.3 del Decreto 79/2014, precepto que se declara nulo por las razones que la propia Sala de instancia expuso al resolver el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la misma norma autonómica (recurso contencioso-administrativo nº 65/2015); razones esas que la sentencia aquí recurrida reproduce literalmente.

En cambio, la Sala de instancia desestima la impugnación dirigida contra el inciso del artículo 17.1 del Decreto 79/2017, relativo a la exigencia de plano firmado por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente; y desestima también la impugnación del artículo 17.5 del citado Decreto en relación con la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas. Las razones para la desestimación del recurso en estos aspectos las ofrece el fundamento jurídico segundo de la sentencia, cuyo contenido es el que sigue:

" (...) SEGUNDO.- Hasta aquí lo que hemos señalado respecto del art. 17.3 del Decreto impugnado que determina en este caso la estimación del recurso en lo que respecta al inciso del art. 17.3 de Decreto 79/2014 relativo a que las viviendas de uso turístico no podrán cederse por tiempo inferior a cinco días.

Pero en el presente proceso se impugnan también el art. 17.1 y 17.5, el primero establece textualmente que: "Los titulares de viviendas de uso turístico presentaran ante la Dirección General competente en materia de turismo una declaración responsable de inicio de actividad. según modelo incluido en el Anexo 111, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente". Por su parte el art. 17.5 del Decreto señala: "La inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuara un vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro". Son los dos incisos subrayados los que también se impugnan en el presente proceso. Ambos se examinarán a continuación por separado.

El primero, exigencia de visado del colegio respectivo del plano de la vivienda, se considera por la actora que es un requisito contrario a las normas comunitarias ya citadas a propósito del examen del requisito temporal del art. 17.3 así como a las leyes de trasposición estatales tanto la ya citada 17/2009 como también la ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto sobre visado colegial obligatorio.

Ahora bien, en relación con este requisito consideramos que la razón expuesta en el Preámbulo del Decreto impugnado relativa a la protección de los consumidores y usuarios del servicio turístico, que según lo expuesto más arriba respecto del requisito temporal puede entenderse como un motivo de interés general que justifique la intervención administrativa y la limitación establecida por la Administración, si puede vincularse en este caso con el requisito que se examina, de forma que justifique de forma suficiente su establecimiento para asegurar la protección del usuario del servicio. Ello determina que se considere dicho requisito como amparado por esa justificación pues redundaría en beneficio del usuario de la vivienda de uso turístico el hecho de que el propietario disponga de un plano de la vivienda visado por el colegio profesional a los efectos de transparencia, seguridad y certeza de lo contratado por el mismo. Por tanto, consideramos que dicha exigencia no puede entenderse contraria a las normas comunitarias que se han reseñado y que su establecimiento, amparado por las mismas, no es ni discriminatorio respecto de otras formas de alojamiento porque la propia diferencia entre los supuestos determina el diferente trato jurídico, ni tampoco contraria a las disposiciones de la ley 1/99 de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid en cuanto establecimiento de un trámite innecesario proscrito por la misma pues ya se ha razonado que se asienta en la protección de un interés público. Por esta misma razón no vulnera la Ley ómnibus (ley 25/2009) en la modificación que ésta opera sobre la ley de Colegios Profesionales o el Real Decreto 1000/2010 sobre Visado Colegial Obligatorio porque encuentra respaldo en aquel interés general en la protección del usuario del servicio ya señalado.

Por último, el requisito de la inscripción para la publicidad oficial tampoco se considera contrario a Derecho. En realidad lo regulado en tal precepto no es la exigencia en todo caso de dicha inscripción en el Registro público para la publicidad del servicio, sino, como indica la Administración demandada, el requisito de tal inscripción para la publicidad oficial de la actividad.

Esta exigencia se considera, igual que la anterior, amparada por la protección del usuario del servicio y por tanto y por idénticos motivos a los ya expuestos no se estima vulneradas las leyes comunitarias y estatales que se invocan por la recurrente>>> .



Por todo ello, la sentencia recurrida estima en parte el recurso, declarando la nulidad del inciso del artículo 17.3 del Decreto que dispone que las viviendas de uso turístico "no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días", desestimando la demanda en todo lo demás.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de la Asociación Madrid Aloja, que formalizó luego la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2016 en el que formula diez motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los nueve restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley.

Los motivos de casación 5º, 6º y 10º fueron inadmitidos por auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de febrero de 2017.

El contenido de los motivos que fueron admitidos es, en síntesis, el siguiente:

1. La sentencia incurre en incongruencia omisiva , y existe incoherencia interna al resolver sobre las pretensiones planteadas en la demanda en relación al artículo 17.5 del Decreto impugnado, con vulneración de los artículos 209.3 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sostiene la recurrente que la sentencia, al resolver sobre la alegación de nulidad del artículo 17.5 del Decreto, incurre en incongruencia interna porque llega a una conclusión sobre la validez de dicho precepto que es totalmente incoherente con sus propios razonamientos. Además, la sentencia incurre en falta de motivación por su genérica referencia a la conformidad a derecho del referido artículo 17.5.

2. Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 1, se ha producido vulneración de los artículos 4.1 y 9.2 de la Ley 17/2009 sobre libre acceso a las actividades de servicios.

3.- Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 1, se ha producido vulneración del artículo 12 de la Ley 17/2009 así como de su equivalente, el artículo 16.1 de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior.

4.- Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 1, se ha producido vulneración del artículo 13.1 de la Ley 2/1974 de colegios profesionales en su redacción dada por la Ley 25/2009, así como del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio .

5.- (inadmitido)

6.- (inadmitido)

7.- Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 5, se ha producido vulneración de los artículos 12.1 y 12.2.b/ de la Ley 17/2009 y sus equivalentes, los artículos 16.1 y 16.2.b/ de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior.

8.- Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 5, se ha producido vulneración de los artículos 4.1 y 5 de la Ley 17/2009 y de su equivalente el artículo 9 de la Directiva 2006/123.

9.- Al no declarar la nulidad del artículo 17, apartado 5, se ha producido vulneración del artículo 12.3 la Ley 17/2009 y de su equivalente el artículo 16.1 de la Directiva 2006/123.

10.- (Inadmitido)

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se declare la nulidad de los incisos de los párrafos primero y quinto del artículo 17 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Cuarto.

Mediante auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de febrero de 2017 se acordó la inadmisión de los motivos 5º, 6º y 10º y la admisión del recurso en cuanto a los restantes motivos, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

Quinto.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 1 de marzo de 2017 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a efecto el Letrado de la Comunidad de Madrid mediante escrito presentado el 17 de abril de 2017 en el que expone las

razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados de contrario y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación con imposición de costas a la parte recurrente.

Sexto.

Mediante providencia de 11 de julio de 2018 se acordó la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 20 de noviembre de 2018 a las 9-30 horas y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo es Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación nº 2347/2016 lo interpone la representación de la Asociación Madrid Aloja contra la sentencia de la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 1165/2014).

Como hemos visto en los antecedentes primero y segundo, en el proceso de instancia la parte recurrente impugnaba tres preceptos o apartados del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid: el inciso del artículo 17.1 que dispone que el plano firmado por técnico competente debe visarse por el colegio profesional correspondiente; el primer inciso del artículo 17.3, en el que se dispone que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días; y, por último, el artículo 17.5 del citado Decreto, en cuanto exige la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la dirección General competente en materia de turismo.

También ha quedado señalado en los antecedentes que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso en lo que se refiere al primer inciso del artículo 17.3 del Decreto 79/2014 (precepto que se declara nulo por las mismas razones que la propia Sala de instancia expuso al resolver el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la citada norma autonómica); y, en cambio, la sentencia recurrida desestima la impugnación dirigida contra el inciso del artículo 17.1 del Decreto 79/2014 que dispone que el plano firmado por técnico competente debe visarse por el colegio profesional correspondiente; y desestima también la impugnación del artículo 17.5 del citado Decreto.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo en cuanto a estos dos últimos preceptos. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en los motivos de casación, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero, debiendo recordarse que los motivos 5º, 6º y 10º fueron inadmitidos por auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de febrero de 2017.

Segundo.

En relación con las razones por las que la Sala de instancia que desestima la impugnación dirigida contra el artículo 17.1 del Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid, la asociación recurrente formula tres motivos de casación (motivos 2º, 3º y 4º) que examinaremos de manera conjunta, por suscitarse en ellos cuestiones estrechamente relacionadas.

Ante todo, procede recordar lo que establece el citado artículo 17.1 del Decreto 79/2014:

"Los titulares de viviendas de uso turístico presentarán ante la Dirección General competente en materia de turismo una declaración responsable de inicio de actividad, según modelo incluido en el Anexo 111, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente".

Siendo ese el tenor literal del precepto, en los tres motivos de casación que ahora examinamos la recurrente aduce que la Sala de instancia, al no declarar la nulidad del artículo 17.1 del Decreto 79/2014, ha incurrido en vulneración de los artículos 4.1 y 9.2 de la Ley 17/2009 sobre libre acceso a las actividades de servicios (motivo 2º); también en vulneración del artículo 12 de la Ley 17/2009 así como de su precepto equivalente, el artículo 16.1 de la Directiva 2006/123 (motivo 3º); y, en fin, en vulneración del artículo 13.1 de la Ley 2/1974 de colegios profesionales, en su redacción dada por la Ley 25/2009, así como del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio (motivo de casación 4º).

Ante todo, debe destacarse que el precepto reglamentario no obliga a aportar un plano de la vivienda al tiempo de presentar la declaración responsable; pues, después de referirse a la presentación de esta declaración responsable, lo que el artículo 17.1 del Decreto 79/2014 establece es que el titular de la vivienda debe "disponer" de un plano de la vivienda firmado por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente. Así lo corrobora el formulario que figura en el Anexo 111 del propio Decreto, al que se remite el artículo 17.1, pues en el apartado 7 de dicho formulario se indica que la presentación de la declaración responsable implica "la posesión" de, entre otros documentos, el plano de la vivienda firmado por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente.

Así delimitado el alcance del precepto, examinaremos separadamente los dos incisos de la norma impugnada, de un lado la exigencia de que el titular de la vivienda (prestador del servicio) disponga de un plano de aquélla firmado por técnico competente; y, por otra parte, la exigencia adicional de que el plano firmado por técnico competente cuente con el visado del colegio profesional correspondiente.

Lo primero, esto es, que el titular de la vivienda turística disponga de un plano de aquélla firmado por técnico competente, no puede afirmarse que constituya una exigencia exorbitante ni, desde luego, que con ella se vulnere el principio de libertad de establecimiento reconocido en el artículo 4.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

En contra de lo que sostiene la asociación recurrente, tampoco cabe afirmar que aquella exigencia de estar en posesión de un plano de la vivienda infrinja los límites fijados en los artículos 9.2 y 12 de la misma Ley 17/2009, pues se trata de un requisito objetivo, no discriminatorio, establecido en la norma con antelación y de forma clara e inequívoca, siendo además una exigencia accesible, en tanto que no resulta excesivamente gravosa. Por lo demás, entendemos que se trata de un requisito proporcionado a la razón de interés general a la que responde, consistente, como proclama el Preámbulo del propio Decreto 79/2014, en la protección de los "legítimos derechos de los usuarios y consumidores turísticos de la Comunidad de Madrid". Y es que, en efecto, que el titular de la vivienda turística disponga de un plano firmado por técnico competente es un instrumento adecuado para que a lo largo del tiempo en el que se desarrolla la actividad de alojamiento la Administración pueda ejercer su ordinaria labor de inspección y control a fin de asegurar que el servicio se presta en condiciones adecuadas de calidad, seguridad y salubridad, sin menoscabo de los intereses de los usuarios y consumidores.

Ahora bien, nuestra conclusión es distinta en lo que se refiere al inciso en el que se exige que el plano de la vivienda firmado por técnico competente esté "visado por el colegio profesional correspondiente".

Por lo pronto, la exigencia de visado colegial con carácter obligatorio aparece contemplada de forma restrictiva en nuestro ordenamiento, tanto en el artículo 13.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, como en el artículo 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio. Este último precepto reglamentario enumera en sus diferentes apartados los supuestos en que la obtención de visado es obligatoria y en ninguna de ellos resulta incardinable el caso que aquí nos ocupa.

Partiendo de lo anterior, a la misma conclusión se llega si se atiende a lo dispuesto en los preceptos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a los que antes nos hemos referido (artículos 4, 9 y 12, entre otros). El inciso del artículo 17.1 del Decreto 79/2014 en el que se establece que el plano de la vivienda, que ha de estar firmado por técnico competente, debe contar, además, con el visado del colegio profesional correspondiente, constituye una exigencia que no supera el test de necesidad y proporcionalidad que imponen los citados preceptos de la Ley 17/2009.

En consecuencia, los motivos de casación que estamos examinando deben ser acogidos, si bien únicamente en lo que se refiere a la exigencia de que el plano de la vivienda cuente con el visado colegial, exigencia ésta que debe ser considerada contraria a derecho.

Tercero.

En cuanto a las razones dadas por la Sala de instancia para desestimar la impugnación dirigida contra el artículo 17.5 del Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid, la asociación recurrente formula cuatro motivos de casación (motivos 1º, 7º, 8º y 9º), el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los tres restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley.

Centrándonos ahora en el motivo primero, es claro que la sentencia no incurre en incongruencia omisiva, pues aunque la Sala de instancia no haya dado puntual respuesta a todas y cada una de las concretas alegaciones formuladas por la demandante, es indudable que sí aborda el apartado de la controversia relativo a la impugnación del artículo 17.5 del Decreto 79/2014, exponiendo el fundamento jurídico segundo de la sentencia, en su parte final, de manera escueta pero suficiente, las razones por las que la Sala sentenciadora considera que el recurso debe ser desestimado en este punto.

Por ello mismo, tampoco cabe afirmar que la sentencia incurra en defecto de motivación, pues como acabamos de señalar, la Sala de instancia expone, de manera escueta pero suficiente, las razones en las que sustenta su conclusión.

Y, en fin, tampoco incurre la sentencia en incongruencia interna ni en razonamientos contradictorios .

Según la recurrente, la contradicción vendría dada porque la Sala de instancia afirma, en primer lugar, que el precepto impugnado no establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro, pero a continuación señala que la exigencia se ampara en la protección del usuario del servicio, lo que supone admitir que existe aquella obligatoriedad. Sin embargo, aun admitiendo que la redacción dada a los dos últimos párrafos del fundamento segundo de la sentencia no es afortunada, su lectura conjunta permite entender que no existe contradicción sino exposición de argumentos complementarios, esto es, la Sala de instancia considera que el precepto reglamentario no establece una exigencia obligatoria de inscripción; a lo que añade que, en caso de que lo hiciese, se trataría de una exigencia justificada y ajustada a derecho.

El parecer de la Sala de instancia en torno a lo dispuesto en el artículo 17.5 del podrá ser compartido o no -de ello nos ocuparemos a continuación, al examinar los tres últimos motivos de casación-; pero, en lo que ahora interesa, debe ser desestimado el motivo de casación primero, en el que se denuncia la vulneración de las normas reguladora de la sentencia .

Cuarto.

· Por último, abordaremos de manera conjunta, por estar estrechamente relacionados, los motivos de casación 7º, 8º y 9º, en los que la recurrente combate la desestimación por la Sala de instancia de la impugnación dirigida contra el artículo 17.5 del Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid.

En estos tres motivos de casación la recurrente sostiene que la sentencia recurrida, al no declarar la nulidad del artículo 17.5 del Decreto 79/2014 , ha incurrido en vulneración de los artículos 12.1 y 12.2.b/ de la Ley 17/2009 y sus equivalentes , los artículos 16.1 y 16.2.b/ de la Directiva 2006/123 , relativa a los servicios en el mercado interior (motivo 7º); asimismo en vulneración de los artículos 4.1 y 5 de la Ley 17/2009 y de su equivalente el artículo 9 de la Directiva 2006/123 (motivo 8º); y, finalmente, la sentencia ha incurrido en vulneración del artículo 12.3 la Ley 17/2009 y de su equivalente el artículo 16.1 de la Directiva 2006/123.

Para un adecuado examen de estos tres motivos debemos comenzar recordando lo que dispone el citado artículo 17.5 del Decreto 79/2014, cuyo contenido es el que sigue:

"La inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuará una vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro".

Ciertamente, el precepto no establece de manera directa y expresa que sea obligatoria la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas; pero bien puede entenderse que alberga ese designio, pues al establecer en su inciso final que debe constar "...en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro" fácilmente se colige que la inscripción es considerada como requisito para llevar a cabo cualquier forma de publicidad.

La sentencia recurrida relativiza el alcance de esa exigencia señalando que, en realidad, el requisito de tal inscripción sólo opera para la publicidad oficial de la actividad. Y aunque la Sala de instancia no precisa a qué se refiere cuando menciona la "publicidad oficial", puede entenderse que quiere aludir a los "canales de oferta turística" a los que se refería el Letrado de la Comunidad de Madrid en su contestación a la demanda y que también menciona en su oposición al recurso de casación. Ahora bien, lo cierto es que el precepto reglamentario no se circunscribe a una determinada modalidad o cauce específico de publicidad sino que, de forma clara, establece la exigencia para "toda forma de publicidad". Por tanto, la interpretación que hace la sentencia recurrida, aparte de no precisar su alcance, no se corresponde con el tenor de la norma controvertida.

Y una vez establecido que el artículo 17.5 del Decreto determina que la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas es un requisito necesario para llevar a cabo cualquier forma de publicidad, podemos ya anticipar que tal exigencia carece de justificación y es, por ello, contraria a derecho.

Al igual que hemos señalado al examinar el precepto que establece que el plano firmado por técnico competente debe contar con el visado del colegio profesional correspondiente, la norma que establece la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas como requisito necesario para llevar a cabo cualquier forma de publicidad también vulnera los artículos 4, 9 y 12 de la Ley 17/2009,

de 23 de noviembre. sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, pues, al igual que dijimos con relación al visado colegial, ésta es una exigencia que no supera el test de necesidad y proporcionalidad que imponen los citados preceptos de la Ley 17/2009 .

Como punto de partida de su razonamiento, el propio Letrado de la Comunidad de Madrid admite que la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas no es obligatoria, de manera que quien presenta la declaración responsable puede optar por inscribirse, o no, en el mencionado Registro. Pero, si ello es así, no se explica entonces y carece de justificación el inciso del precepto en el que se establece que en toda forma de publicidad debe constar el número de referencia de su inscripción en el citado Registro.

Tal exigencia de inscripción sería cuestionable incluso si entendiésemos que sólo opera como requisito de acceso a determinadas formas de publicidad oficial o institucional (los llamados "canales de oferta turística" a los que se refiere el Letrado de la Comunidad de Madrid); pues, si se parte de que la inscripción en el Registro no es obligatoria, no queda clara la razón por la que, en caso de existir la inscripción (voluntaria), el número acreditativo de tal inscripción habría de figurar necesariamente en esa publicidad oficial a la que se alude. Pero, en todo caso, ya hemos visto que el artículo 17.5 del Decreto no circunscribe el requisito de inscripción para el acceso a determinados cauces de publicidad oficial sino que la redacción dada al precepto establece la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas como requisito necesario para llevar a cabo cualquier forma de publicidad. Y siendo ello así, debemos concluir -ya lo hemos señalado- que tal exigencia carece de justificación y es contraria a derecho.

Quinto.

Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a considerar que la sentencia de instancia debe ser casada. Y entrando entonces a resolver la controversia planteada, las mismas razones que hemos expuesto al examinar los motivos de casación llevan a concluir que el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en parte, pues, aparte de la nulidad del inciso del artículo 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid en el que se dispone que las viviendas de uso turístico "... no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días" -inciso que ya fue declarado nulo por la sentencia recurrida sin que sobre ello se haya suscitado debate en casación-, procede que declaremos también la nulidad del inciso "...visado por el colegio profesional correspondiente" en el artículo 17.1 del Decreto, así como la nulidad del artículo 17.5 del mencionado Decreto 79/2014; con desestimación de la demanda en lo demás.

Sexto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto, ha decidido

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 2347/2016 interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN MADRID ALOJA contra la sentencia de la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso contencioso-administrativo nº 1165/2014), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN MADRID ALOJA contra el Decreto 79/2014 , de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, declaramos la nulidad del inciso "...visado por el colegio profesional correspondiente" en el artículo 17.1 del Decreto, así como la nulidad del artículo 17.5 del mencionado Decreto 79/2014; con desestimación de la demanda en lo demás. A ello se une la nulidad, ya declarada por la sentencia recurrida, del inciso del artículo 17.3 del Decreto en el que se dispone que las viviendas de uso turístico "... no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días".



3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

Eduardo Calvo Rojas María Isabel Perelló Doménech

D. Ángel Ramón Arozamena Laso D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.