



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063687

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1816/2018, de 19 de diciembre de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2447/2016

SUMARIO:

Viviendas de uso turístico. Nulidad parcial del Decreto 79/2014, que regula este uso en la Comunidad de Madrid. 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. 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 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 ordinario 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 contemplado de forma restrictiva en nuestro ordenamiento, tanto en la Ley sobre Colegios Profesionales, como en el artículo Real Decreto sobre visado colegial obligatorio. Este reglamento enumera los supuestos en que la obtención de visado es obligatoria y en ninguna de ellos resulta incardinable el caso que 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 2 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: establecer 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 la citada Ley. 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. En consecuencia, se declara la nulidad del inciso "... visado por el colegio profesional correspondiente" contenido en el artículo 17.1 y en el apartado 7 del Anexo III del Decreto 79/2014, del 10 de julio, de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, además de la nulidad del inciso "... no podrán contratarse por un período inferior a cinco días" del artículo 17.3 del mismo Decreto, que ya había declarado el Tribunal *a quo*.

PRECEPTOS:

Directiva 2006/123/CE (Servicios en el Mercado Interior), arts. 5.1, 8.1 y 13.2 y 3.

Constitución Española, arts. 18 y 103.

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 3, 35 f) y 39 bis.

Ley 11/2007 (Acceso electrónico a los servicios públicos), arts. 4.1, 6.2 b) y 9.2.

Ley Madrid 1/1999 (Ordenación del Turismo), arts. 14, 15 y 25.

Ley Madrid 2/1999 (Medidas de Calidad de la Edificación), arts. 13 y 14.

Ley Madrid 9/2001 (Ley del suelo), art. 151.

Decreto 79/2014 (apartamentos y las viviendas de uso turístico), arts. 17, 18 y Anexo III

PONENTE:

Don Eduardo Espin Templado.



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1.816/2018
Fecha de sentencia: 19/12/2018
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 2447/2016
Fallo/Acuerdo:
Fecha de Vista: 27/11/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado
Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8
Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras
Transcrito por: PJM
Nota:
RECURSO CASACION núm.: 2447/2016
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado
Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1816/2018

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. Angel Ramon Arozamena Laso
D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2447/2016, interpuesto por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR), representada por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Eliseo M. Martínez Martínez, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 2 de junio de 2016 en el recurso contencioso-administrativo número 1159/2014.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 2 de junio de 2016, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) contra el Decreto autonómico 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.

La parte dispositiva de la sentencia dice:



"Que debemos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo número 1159/14, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María José bueno Ramírez actuando en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS (FEVITUR), contra el 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, del Consejo del Gobierno, anulando la frase "Las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días" del primer inciso del apartado tercero del artículo decimoséptimo, y confirmándolo en todo lo demás. Sin costas."

Segundo.

Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de Instancia de fecha 15 de julio de 2016 que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante el Tribunal Supremo.

Tercero.

Emplazadas las partes, la representación procesal de FEVITUR ha comparecido en forma en fecha 28 de junio de 2016 mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 103.1 de la Constitución; de los artículos 3.1, 3.2 y 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común; del artículo 6.2.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y de los artículos 13 y 14 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, sobre medidas de calidad de la edificación, y por infracción de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción del artículo 39 bis de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 5.1, 8.1, 13.2 y 13.3 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio;

- 3º, por infracción del artículo 18.2 de la Constitución, así como por infracción de la jurisprudencia, y

- 4º, por infracción del artículo 14 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de ordenación del turismo de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 151.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid y con la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, así como por infracción de la jurisprudencia.

Finaliza el escrito suplicando que se dicte sentencia casando la recurrida y dictando nueva sentencia por la que se resuelva conforme al suplico de la demanda, estimando íntegramente el recurso planteado contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, y acordando en consecuencia:

" I. D E C L A R E nulos y anule por su disconformidad a Derecho, los preceptos 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, del Consejo del Gobierno, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (B.O.M.) núm. 180, de fecha 31 de julio de 2014, a continuación relacionados:

(i) El segundo inciso del apartado primero del artículo decimoséptimo (concretamente la frase " debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente").

(ii) El primer inciso del apartado cuarto del artículo decimotercero (concretamente la frase " Las viviendas de uso turístico, por su carácter de establecimientos turísticos, son de libre acceso al público, sin que se pueda restringir su utilización por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social").

(iii) El último punto del apartado séptimo del Anexo III (concretamente la frase " la presentación de la Declaración Responsable implica la posesión de los siguientes documentos: (...) Plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente").

II. O N D E N E a la Administración demandada a estar y a pasar por la anterior declaración, con los efectos que en Derecho procedan.

III. O N D E N E al pago de las costas a la Administración recurrida o a cualquier otro que se originen por el presente recurso de casación, de oponerse al mismo."



El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 25 de noviembre de 2016.

Cuarto.

A continuación, no habiéndose personado ninguna parte recurrida, se han declarado concluidas las actuaciones.

Quinto.

Por providencia de fecha 3 de septiembre de 2018 se ha señalado el día 27 de noviembre de 2018 a las 9:30 horas para la celebración de vista pública, en que ha tenido lugar dicho acto, iniciándose a continuación la deliberación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Objeto y planteamiento del recurso.

La Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos (FEVITUR) impugna en casación la sentencia de 2 de junio de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La sentencia recurrida estimaba en parte el recurso contencioso administrativo entablado por la citada entidad contra el 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, anulando el artículo 17.3 en lo relativo a la limitación de alquilar dichas viviendas por período inferior a 5 días.

El recurso se funda en cuatro motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Los dos primeros motivos se dirigen contra la exigencia de que los titulares de las viviendas turísticas cuenten con un plano de la vivienda firmado por técnico competente. En el primer motivo FEVITUR sostiene que la exigencia de una documentación de la que ya dispone la Administración vulneraría el artículo 103.1 de la Constitución; los artículos 3.1 y 2 y 35.f) de la Ley reguladora del procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre); el artículo 6.2.b) de la Ley de Acceso Electrónico a los Servicios Públicos (Ley 11/2007, de 22 de junio); los artículos 13 y 14 de la Ley sobre Medidas de Calidad de la Edificación (Ley 2/1999, de 17 de marzo); así como, finalmente, también se infringe la jurisprudencia.

En el segundo motivo se aduce que la exigencia de disponer de un plano firmado por técnico vulneraría el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 5.1, 8.1 y 13.2 y 3 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La alegación se funda en que los fines perseguidos por la referida exigencia ya están cubiertos por la necesidad de que las viviendas de uso turístico dispongan de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación contenida en el artículo 17.6 del Decreto impugnado.

El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 18.2 de la Constitución y de la jurisprudencia, al entender la entidad recurrente que la previsión del artículo 18.4 del Decreto impugnado respecto a que no se pueda restringir el acceso a las viviendas de uso turístico por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

El cuarto y último motivo se basa en la infracción del artículo 14 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1999, de 12 de marzo), en relación con el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio) y con la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, del Parlamento y del Consejo, así como de la jurisprudencia. Sostiene la entidad recurrente que al ser calificados como establecimientos turísticos, las viviendas turísticas habría de someterse a la normativa sobre turismo y ordenación urbana de la Comunidad de Madrid, lo que resulta incompatible con su naturaleza de viviendas en suelo residencial.

Segundo.

Sobre el requisito de disponer de un plano de la vivienda.

Como se ha señalado en el resumen de motivos, los dos primeros hacen referencia a la exigencia de que los titulares de las viviendas turísticas dispongan de un plano de las mismas firmado por técnico competente y visado



por el Colegio profesional competente, requisito contemplado en el inciso segundo del artículo 17.1 y en el último punto del apartado séptimo del Anexo III del Decreto impugnado. Como hemos visto, la entidad recurrente aduce dos razones: que se requiere una documentación de la que ya dispone la Administración (primer motivo) y que la finalidad de tal requisito ya está cubierta por la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación en poder de la Administración (segundo motivo).

La respuesta de la Sala de instancia a esta impugnación fue la siguiente:

" CUARTO.- Por otra parte, la parte actora combate la exigencia contemplada en el segundo inciso del apartado primero del artículo decimoséptimo y último punto del apartado séptimo del Anexo III, puesto que considera vulneraría el derecho de los administrados a no aportar documentos que ya obren en poder de la Administración; y también se vulnera la obligación de simplificar los procedimientos administrativos impuestos por la normativa europea.

Respecto al primer argumento, la parte actora se está a la previsión contemplada en el artículo 35 f) de la Ley 30/1992, respecto de no estar obligado a presentar documentos "que ya se encuentren en poder de la Administración actuante", lo que implica que se trate de documentos que no puedan ser desconocidos por la Administración, lo que difícilmente puede predicarse en muchos casos de los planos que ahora se exigen.

Por otro lado, esta Sala y Sección también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular en la sentencia de 31 de mayo de 2016, donde se resuelve el recurso contencioso-administrativo 1165/2014, y en la que ha confirmado la adecuación a Derecho de imponer la exigencia establecida en los epígrafes reseñados y a la que se opone el ahora recurrente. Esta Sección comparte el mismo criterio para confirmar la legitimidad de la exigencia cuestionada también en este recurso, remitiéndonos al razonamiento expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo de dicha resolución judicial:

"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 esta 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 vulnera las leyes comunitarias y estatales que se invocan por la recurrente."" (fundamento de derecho cuarto)

Los apartados a los que se refieren estos motivos tienen el siguiente tenor literal:

" Artículo 17

Régimen jurídico



1. 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 III, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente."

"ANEXO III

Declaración responsable de viviendas de uso turístico

7.- Declaraciones Responsables a las que se ajusta la Empresa (Establecimiento)

Declara bajo su responsabilidad:

Que el Establecimiento cumple con los requisitos establecidos en las normas aplicables.

Que comunicará los ceses de actividad, cambios de denominación o cualquier otra modificación de los datos contenidos en la Declaración inicial a la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid.

Que cuenta con los preceptivos permisos y autorizaciones exigibles por otras Administraciones y Organismos Públicos.

Que conozco las obligaciones que corresponden a las empresas turísticas, contenidas en el artículo 12 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid.

La presentación de la Declaración Responsable implica la posesión de los siguientes documentos:

o Escritura de constitución de la sociedad, en su caso.

o Documento que acredite la disponibilidad del inmueble.

o DNI o Pasaporte del Declarante.

o NIF/NIE.

o Plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente."

En cuanto al derecho de los administrados a no aportar documentos que ya obran en poder de la Administración, así como la obligación impuesta por la normativa europea de simplificar los procedimientos administrativos hemos de señalar que, tal como hemos indicado en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2018 dictada en el recurso de casación 2347/2016, deliberado conjuntamente con éste, el Decreto que se discute no obliga a la aportación de la documentación a que se refiere la parte (el plano firmado por técnico competente y visado por el colegio que corresponda), sino tal sólo a disponer del mismo; esto es, a estar en posesión de dicho documento a efectos de una eventual verificación por parte de la Administración. Hay que rechazar, por tanto, este primer motivo.

Sin perjuicio de ello, la entidad recurrente combate también en el segundo motivo la propia exigencia de contar con el plano firmado y visado en los términos que se han indicado. Pues bien, en general en cuanto a tal exigencia, en la citada sentencia de 10 de diciembre de 2018 hemos dicho:

" 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 III, 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 III 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 ordinario 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 contemplado 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 2 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." (fundamento de derecho segundo)

En congruencia con lo dicho en la sentencia que se acaba de transcribir, hemos de estimar el segundo motivo, en lo que se refiere a la exigencia de que el plano del que debe disponer el titular de la vivienda esté visado por el Colegio correspondiente.

Tercero.

Sobre el motivo tercero, relativo a la inviolabilidad del domicilio.

El tercer motivo se funda en la infracción del artículo 18.2 de la Constitución y de la jurisprudencia. Considera la Federación recurrente que la previsión del artículo 18.4 del Decreto impugnado de que no se pueda restringir el acceso a las viviendas de uso turístico por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

La entidad recurrente sostiene que aunque la residencia sea temporal y eventual, el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene la facultad de impedir la entrada de cualesquiera otras personas a los espacios en los que se desarrolla la vida privada. Y las viviendas de uso turístico están ubicadas en suelo residencial y su destino primordial es proporcionar alojamiento permanente, por lo que son espacios en los que se desarrolla la vida privada. Además, se afirma, la sentencia impugnada olvida que en cualquier momento la vivienda turística puede ser utilizada por su propietario para uso propio. En definitiva, entiende la recurrente que los propietarios y los explotadores de las viviendas de uso turístico son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio.



En relación con la invocación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio la Sala de instancia dio la siguiente respuesta:

" QUINTO.- Finalmente considera la parte actora que s ilegítima la exigencia introducida por el primer inciso del apartado cuarto del artículo decimooctavo, porque sostiene que las viviendas de uso turístico son domicilios privados y no establecimientos turísticos y, también considera que el derecho a la inviolabilidad del domicilio permitiría a los propietarios de esas viviendas negar el acceso a quien tuvieran por conveniente.

En primer lugar debe decirse que los argumentos de la parte actora que en los puntos anteriores se acogían a reclamar la equiparación con el resto de establecimientos hosteleros, en este punto de la impugnación pretenden sin embargo la equiparación con los domicilios privados y reclama el mismo tratamiento y derechos a ellos vinculados. Tal actitud revela la incongruencia del planteamiento. El propietario de una vivienda, al acogerse a esta modalidad de explotación de su vivienda abierta al público, debe también aceptar voluntariamente que deban modularse los derechos de que dispone respecto de los que le corresponden cuando la misma se destina a domicilio particular, porque ya no se estaría protegiendo la intimidad personal y familiar del titular sino que prevalecen las cuestiones implicadas con su explotación hostelera.

Por ello las disposiciones ahora discutidas parecen legítimas y perfectamente equiparables con las que se exigen, y aún con mayor intensidad, a otros establecimientos donde se prestan servicios turísticos, donde, aunque esté reconocido el derecho de admisión (que no se niega tampoco a estos establecimientos), ello no supone que sea posible efectuar discriminación del tipo de la que además está expresamente proscrita en el artículo 14 de la Constitución Española. No puede entenderse ilegítimo imponer una simple exigencia de no discriminación que ya está recogida en el texto constitucional, y por ello debe confirmarse el contenido de Decreto en este punto combatido.

[...]" (fundamento de derecho quinto)

El motivo ha de ser rechazado. La regulación que se impugna en nada tiene que ver con el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, tal como se deduce de las razones expuestas en la sentencia impugnada. El apartado 4 del artículo 18 ("Requisitos mínimos y condiciones") del Decreto objeto de la litis tiene el siguiente tenor:

"4. Las viviendas de uso turístico, por su carácter de establecimientos turísticos, son de libre acceso al público, sin que se pueda restringir su utilización por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, no pudiendo ser utilizadas con fines de residencia permanente, ni cederse por habitaciones, o de cualquier otra forma que implique segregación o división."

El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege los ámbitos y espacios en donde se desarrolla la vida privada personal y familiar de quien efectivamente reside en ellos. Dicho derecho constitucional protege, por consiguiente, a quien resida de hecho en una vivienda de uso turístico, sea el propietario o titular si la ocupa en un determinado período de tiempo, sea la persona a la que se ha alquilado su utilización y por el tiempo que se prolongue su uso como vivienda. Lo que el precepto regula, como resulta evidente, no afecta a tal protección constitucional, sino que establece una limitación al titular de la vivienda que no es más, en realidad, que una plasmación de un mandato constitucional. En efecto, la previsión reglamentaria impide al titular que pueda rechazar el alquiler o uso vacacional de la vivienda por razones discriminatorias ("por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social"), lo que no es sino una explicitación de la prohibición contemplada por el artículo 14 de la propia Constitución, el cual excluye que pueda prevalecer discriminación alguna por tales razones y que se impone, en este particular aspecto, a las relaciones entre particulares, según reiterada jurisprudencia constitucional.

Cuarto.

Sobre el motivo cuarto, relativo a la consideración de las viviendas de uso turístico como establecimientos turísticos.

Sostiene la parte recurrente que el primer inciso del artículo 18.4 del Decreto controvertido es contrario a derecho por vulnerar lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1999, de 12 de marzo) y demás normas relacionadas. El inciso en cuestión, reproducido en el anterior fundamento de derecho, califica efectivamente a las viviendas de uso turístico como "establecimientos turísticos".

La queja no puede prosperar. En efecto, el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid tan sólo prevé que los establecimientos turísticos son instalaciones abiertas al público y, por lo demás, se remite a la normativa aplicable de cada tipo de establecimiento, que en el caso de las viviendas de uso vacacional es precisamente el Decreto del que trae causa el presente proceso. Y en cuanto a que sean instalaciones abiertas



al público, el inciso ha de ser entendido de conformidad con la propia naturaleza de cada tipo de establecimiento, lo que supone en el caso de las viviendas de uso turístico, que quedan abiertas a ser ocupadas por sujetos que no son sus propietarios en los términos de su normativa específica, sin que quepa imponer restricciones discriminatorias, como establece los artículos 15.2 de la referida Ley autonómica y 18.4 del Decreto de la Comunidad de Madrid impugnado en el presente procedimiento. En cuanto a la regulación de la actividad turística de alojamiento contemplada en el capítulo II de la citada Ley 1/1999, ha de señalarse que no afecta a las viviendas de uso vacacional, pues esta modalidad de establecimiento queda fuera de la enumeración de las modalidades de alojamiento turístico efectuada en el artículo 25 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid. Por todo ello hemos de desestimar la impugnación sustentada en las consecuencias que la recurrente atribuye a la calificación que hace el Decreto 79/2014 de las viviendas de uso vacacional como establecimientos turísticos

Quinto.

Conclusión y costas.

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 de Madrid, en el que se dispone que las viviendas de uso turístico "...no podrán contratarse por un período 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 y en el apartado 7 del Anexo III, con desestimación de la demanda en lo demás.

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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) contra la sentencia de 2 de junio de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 1159/2014.

2. Anular la sentencia objeto de recurso.

3. Estimar en parte el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) contra el Decreto 79/2014, del 10 de julio, de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y declarar la nulidad del inciso "... visado por el colegio profesional correspondiente" contenido en el artículo 17.1 y en el apartado 7 del Anexo III de dicha norma, además de la nulidad del inciso "... no podrán contratarse por un período inferior a cinco días" del artículo 17.3 de la misma que ya había declarado el Tribunal a quo, desestimando el resto de pretensiones.

4. Hacer el pronunciamiento sobre las costas procesales expresado en el fundamento jurídico quinto.

5. Proceder a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción.

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.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Fernando Roman Garcia.-Firmado.-



PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-