CAPÍTULO 9

Conclusiones y propuestas de mejora relativas a la regulación de la actividad de las viviendas de uso turístico

SUMARIO. 1. Contexto socioeconómico de las viviendas de uso turístico. El fenómeno de la economía colaborativa: nacimiento, evolución y regulación (Prof. Pedro Alberto Barea Gallardo). 2. La actividad de las viviendas de uso turístico en las ciudades: irrupción y consecuencias (Prof.ª Joana M. Socías Camacho). 3. Objeto y régimen de funcionamiento de las viviendas de uso turístico (Prof.ª Mariola Rodríguez Font). 4. Mecanismos de intervención local en la actividad de alojamiento turístico en viviendas (Prof. Alejandro Corral Sastre). 5. La regulación de las viviendas de uso turístico a través de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la zonificación de las viviendas de uso turístico (Prof.ª María Hernando Rydings). 6. La regulación de las viviendas de uso turístico desde la perspectiva de los principios de buena regulación económica. Principales barreras regulatorias (Prof. Alejandro Román Márquez). 7. La protección de los derechos de los usuarios de las viviendas de uso turístico por la Administración local (Prof. Humberto Gosálbez Pequeño). 8. Propuestas de mejora sobre el gravamen a las viviendas turísticas en el ámbito local (Prof.ª M.ª del Mar Soto Moya).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

1. Contexto socioeconómico de las viviendas de uso turístico. El fenómeno de la economía colaborativa: nacimiento, evolución y regulación (Prof. Pedro Alberto Barea Gallardo)

- La actividad de cesión de viviendas con fines turísticos no constituye *per se* ninguna novedad.
- Diversos factores concitados entre la segunda mitad del siglo XX y el primer cuarto de la centuria en la que vivimos han propiciado, al proyectarse sobre el turismo, un auge sin precedentes de dicha actividad. Este incremento explica que se sitúe entre las preocupaciones principales de la ciudadanía y, por ende, de los poderes públicos y la doctrina científica. Ahora bien, ello no se debe únicamente a que haya aumentado el número de viviendas cuyo uso se cede de forma temporal con finalidades turísticas. Se debe también, y desde un prisma cualitativo, a que tal crecimiento ha provocado que la actividad revista mayores incertezas y retos que antaño, siendo así que no pocos de ellos ponen en liza derechos y principios consagrados, inclusive, a nivel constitucional.
- Inicialmente, y durante mucho tiempo, el grueso de su regulación vino dado por el derecho privado. La reforma efectuada por el Estado, hace apenas una década, en el art. 5 LAU cambió el rumbo de su ordenación jurídica, que viró hacia el círculo del derecho público y, señaladamente, de las competencias de las comunidades autónomas, asumidas con el carácter de exclusivas en sus estatutos de autonomía, sobre "promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial". El Estado y los municipios, no obstante, cuentan con competencias y mecanismos que les permiten incidir en el régimen de la actividad, e incluso, por lo que respecta al primero, dotarlo de una mínima homogeneidad, lo que estimamos oportuno ante la existencia de disparidades en su fragmentada ordenación jurídica actual.
- Los factores que impulsaron la intensificación de la actividad de cesión de viviendas con fines turísticos auspiciaron, también, el surgimiento y desarrollo de un modelo de acceso a los bienes y servicios, alternativo o complementario al modelo tradicional que pivota sobre la propiedad, basado en compartir, reciclar y reutilizar. Este modelo se ha dado en llamar "economía colaborativa", sintagma que no tiene contornos y significados pacíficos en la literatura científica. La Comisión Europea y la CNMC, empero, han alumbrado definiciones que acogen en su seno "un conjunto heterogéneo y

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet".

- En torno a la actividad de cesión de viviendas para usos turísticos existe un intenso debate entre los partidarios de la regulación y el intervencionismo público, de un lado, y quienes simpatizan con la desregulación y la liberalización del régimen de las actividades económicas, de otro. Por ahora, el examen de los boletines oficiales y de la realidad parece arrojar la impresión de que la tendencia imperante es la reguladora, viéndose los posibles excesos atemperados o enmendados por la acción de los límites y barreras que se desprenden de la CE, el derecho de la Unión Europea y la legislación estatal aprobada para su transposición y hacer más efectiva la unidad de mercado.
- De acuerdo con la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo, la calificación jurídica que ha de atribuirse al servicio que prestan las plataformas electrónicas, como las de *Airbnb* y *Homeaway*, en el sector del alojamiento, es la de "servicio de la sociedad de la información comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE". En cuanto a su responsabilidad por los datos y anuncios que alojan y que provienen de terceros —o sea, de los "anfitriones"—, debe examinarse a la luz del régimen de responsabilidad establecido para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en el derecho comunitario y la LSSICE.

2. La actividad de las viviendas de uso turístico en las ciudades: irrupción y consecuencias (Prof.ª Joana M. Socías Camacho)

- La actividad de comercialización turística en viviendas contribuye, junto a otros factores, a la saturación de la ciudad y de su alma, el espacio público; además, lejos de suponer un freno a la emergencia o angustia climática y residencial, agrava esta situación.
- La proliferación desmesurada del alquiler vacacional y la mercantilización del espacio público urbano no favorecen ni ciudades resilientes, es decir, capaces de estar prevenidas y reaccionar ante nuevas situaciones complejas como pandemias, ni ciudades habitables generadoras de bienestar para los residentes.

- El alcance de los objetivos de desarrollo sostenible no es misión en exclusiva de los niveles estatales con poder legislativo, Estado central y comunidades autónomas, sino que las ciudades y el poder local habrán de compartir con aquellas instancias, en las materias relacionadas con los intereses de la ciudadanía (como son las viviendas de uso turístico por su impacto sobre el acceso a la vivienda o la emergencia climática), la labor destinada a la consecución del referido compromiso internacional.

- El impacto de la legislación sobre mejora de la regulación ha empezado a ser relevante en el ámbito local, por lo que cobra importancia que se lleven a cabo todas y cada una de las nuevas funciones públicas vinculadas a la mejora regulatoria (planificación, consulta pública previa, evaluación *ex ante* de la memoria de análisis de impacto normativo o evaluación *ex post*), con el fin de lograr que las normativas que sean de interés local (como la que afecta a las viviendas de uso turístico) sean más participativas, democráticas, ambientales y, sobre todo, eficaces.

Propuestas de mejora:

- Los instrumentos propios de la función urbanística y sus técnicas clásicas de ordenación del territorio (como la zonificación) deberían ser utilizados en la ordenación del espacio urbano ante la irrupción de las viviendas de uso turístico.

- Los instrumentos o técnicas del urbanismo no pueden funcionar de manera aislada, sino que se han de combinar con los propios de otras vertientes de la intervención administrativa, como son en particular los que se refieren a la política de vivienda, a la intervención general sobre la actividad económica o al cambio climático.

- Las regulaciones de las viviendas de uso turístico que se lleven a cabo no deberían prestar atención en exclusiva al turista y a las competencias en materia de turismo, sino que tiene que tomarse fundamentalmente en consideración al residente y a las competencias en materia de urbanismo, vivienda y medio ambiente, con el fin de remover los obstáculos que impiden la creación de espacios habitables para el ciudadano de manera permanente.

- El poder de la ciudad está en auge, y ello se traduce en su posibilidad de intervención sobre la actividad de las viviendas de uso turístico con medidas limitadoras, previo permiso de la ley, que in-

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

ciden en el derecho de propiedad y la libertad de empresa de los ciudadanos. El principio de desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente, la lucha contra el cambio climático, el acceso a la vivienda, la movilidad responsable, la convivencia social, la salud pública y la buena regulación deben garantizarse en todo caso.

3. Objeto y régimen de funcionamiento de las viviendas de uso turístico (Prof.ª Mariola Rodríguez Font)

- En aras de dotar a la normativa de una mayor seguridad jurídica y evitar equívocos se sugiere llevar a cabo algunas modificaciones, tales como la eliminación de conceptos jurídicos ambiguos presentes en los preceptos de algunos decretos turísticos, como los relativos a la "habitualidad" y "profesionalidad" en el desempeño de la actividad de viviendas de uso turístico. Al mismo tiempo, se propone definir con sencillez el criterio temporal de las estancias.

- Se propone someter a valoración la opción de suprimir la consideración de la declaración responsable turística como la habilitante del ejercicio de la actividad, reubicando en la Administración municipal, competente para habilitar el inicio de actividades económicas, la recepción y tramitación de las declaraciones responsables presentadas por los titulares de viviendas de uso turístico, con el fin de eliminar trámites y facilitar el ejercicio de su actividad a los sujetos participantes en el mercado del alojamiento colaborativo.

4. Mecanismos de intervención local en la actividad de alojamiento turístico en viviendas (Prof. Alejandro Corral Sastre)

- Las competencias en materia turística atraviesan todos y cada uno de los niveles territoriales. Desde la Unión Europa, pasando por el Estado y las comunidades autónomas. Pero es en el nivel municipal donde las competencias administrativas de intervención en el mercado de las VUT adquieren todo su sentido. Deberían ser los municipios los que, a través de unos mecanismos adecuados desde el punto de vista tecnológico, es decir, sistemas de inteligencia artificial o tratamientos avanzados de información, realizasen los correspondientes controles administrativos de manera simultánea al inicio de la actividad. Para ello sería necesaria la revisión de ciertas categorías administrativas y su adaptación a las tecnologías actuales, ampliamente implantadas en la sociedad.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

- El mercado de las VUT es, en su esencia, tecnológico. Quiere esto decir que su enorme desarrollo en los últimos tiempos se debe, fundamentalmente, a la utilización de las TIC. Las grandes plataformas digitales han puesto en contacto a la oferta y la demanda a través de canales que se sitúan fuera del control de las Administraciones, lo que ha hecho que el crecimiento del mercado haya sido extraordinario, generando externalidades negativas. Y este, según estimo, ha sido uno de los principales problemas: el intento de control administrativo de un mercado tecnológicamente tan avanzado con instrumentos jurídicos propios del siglo XIX. Se requiere una mayor inversión pública para paliar la asimetría digital. Sobre todo, en los pequeños municipios, llamados a realizar el correspondiente control sobre el mercado de las VUT, que no disponen de suficientes y adecuados medios personales y materiales.

- Pero no debe quedarse ahí, entiendo, el desarrollo tecnológico de los municipios. No solo para controlar y limitar la iniciativa privada. También para fomentarla, cuando sea preciso. Y lo es, en aquellas zonas rurales sometidas a intensos procesos de despoblamiento. Allí sí es necesaria una intervención administrativa firme y decidida que fomente el desarrollo económico y social. La utilización de modelos similares a los que tanto éxito han tenido en las grandes ciudades y otras zonas, bajo el auspicio del sector público, entiendo que podría ser una solución adecuada a eso que ha venido en denominarse el vaciamiento de la España rural. Por supuesto, con el debido cuidado y protección de otros bienes jurídicos vulnerables, como el medio ambiente, el patrimonio cultural o similares.

5. La regulación de las viviendas de uso turístico a través de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la zonificación de las viviendas de uso turístico (Prof.ª María Hernando Rydings)

- La proliferación de las viviendas de uso turístico, como fenómeno propio del llamado alojamiento o turismo colaborativo, y dentro de los nuevos usos, descritos a través del calificativo genérico e indeterminado de economía colaborativa, que la explosión de la economía digital ha producido en los últimos tiempos, ha hallado como respuesta la aprobación de distintos instrumentos jurídicos tendentes a su control. Los mismos han tenido un origen autonómico y local, pues es el poder regional, a través de las competencias en materia de turismo, o municipal, a través de las competencias en materia de urbanismo, el que cuenta con las herramientas precisas para

ISBN: 978-84-125912-5-5

el abordaje de los múltiples problemas que dicha proliferación ha producido.

- El empleo de la técnica de la zonificación urbanística, e incluso el desplazamiento de la figura de la comunicación previa o de la declaración responsable en beneficio de la reinstauración de las tradicionales técnicas autorizatorias, han recibido un respaldo positivo por las instancias jurisdiccionales nacionales y europeas, lo que implica la confirmación de la posibilidad de que los consistorios puedan limitar las viviendas de uso turístico por medio de las zonificaciones urbanísticas que se están llevando a cabo en los correspondientes planes especiales, en los que se somete la viabilidad de la VUT al cumplimiento de una serie variada de condiciones y requisitos, que implican por lo general la fijación de una serie de zonas, áreas, o anillos, en espacios reconocidos por la normativa urbanística como residenciales, para el empleo de las viviendas como de alquiler turístico, desde la prohibición de dicho empleo en algunas de esas áreas, a su sujeción a mayores o menores condicionantes. A tal efecto, se han analizado los casos de Madrid, Bilbao, Barcelona o San Sebastián.

- No obstante, entendemos que los instrumentos jurídicos descritos no han servido como elemento de contención y ordenación a la mentada proliferación de viviendas de uso turístico. Continúan existiendo un gran número de viviendas que, dedicándose efectivamente a los usos que las normas describen como turísticos, no cumplen los requisitos que exigen las mismas, encontrándose en consecuencia fuera de ordenación, o dicho más claramente, en situación irregular o ilegal. Por ello se considera que el problema está no tanto en promover un cambio regulatorio que dé mejor solución al conflicto planteado, sino en encontrar los medios para lograr que la regulación vigente sea realmente efectiva, lo que determina la necesidad de fortalecer la potestad de inspección y de su efectivo ejercicio por parte de las Administraciones a las que corresponde el mismo.

6. La regulación de las viviendas de uso turístico desde la perspectiva de los principios de buena regulación económica. Principales barreras regulatorias (Prof. Alejandro Román Márquez)

- Cualquier limitación, tanto respecto del inicio de la actividad de las VUT como de su explotación, debe ajustarse a las normas comunitarias y nacionales que regulan el ejercicio de la libertad eco-

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

nómica, materializadas en los principios de buena regulación económica. Solamente aquellas limitaciones que superen el triple test conformado por los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación podrán ser consideradas como ajustadas a la legalidad.

- En cualquier caso, la carga probatoria del ajuste a los citados principios corresponde a los responsables de la limitación, esto es, a los autores de la norma que contenga dicha limitación, ya sea de rango legal (poder legislativo) o reglamentario (poder ejecutivo).

- La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que las Administraciones locales puedan limitar el número de VUT en un territorio concreto, ya sea como consecuencia de restricciones relativas a las características físicas de los inmuebles susceptibles de explotación turística (tipologías edificativas, requisitos estructurales, destino de los inmuebles, etc.), ya sea fijando contingentes máximos de operadores en determinadas áreas del término municipal. Para que tales limitaciones cuantitativas resulten aceptables resulta imprescindible demostrar, con estudios suficientemente fundamentados, su necesidad para la salvaguarda de determinadas razones imperiosas de interés general —protección del derecho a una vivienda digna y del entorno urbano—, así como su proporcionalidad —idoneidad y mínima intervención— y su carácter no discriminatorio.

- La posibilidad de establecer las limitaciones señaladas en el apartado anterior no resulta extrapolable a todo el territorio de una comunidad autónoma, pues en él habrá lugares en los que pueda justificarse su necesidad y proporcionalidad atendiendo a su situación concreta, pero en muchos otros lugares las mismas medidas resultarán innecesarias y desproporcionadas.

7. La protección de los derechos de los usuarios de las viviendas de uso turístico por la Administración local (Prof. Humberto Gosálbez Pequeño)

- La mayoría de las leyes turísticas solo menciona las competencias turísticas de los municipios, otorgándoles escasas competencias propias. Unas solo refieren la competencia de promoción del turismo local (País Vasco), otras atribuyen algunas competencias de protección de los recursos turísticos del territorio (Aragón, Castilla y León, Cantabria…). Destacan, no obstante, las leyes turísticas de Cataluña (su art. 68 enuncia nueve competencias específicas), de

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

Galicia (ocho competencias en su art. 5) y de Extremadura (once competencias en su art. 6).

- Solo una absoluta minoría de las leyes turísticas se refieren a competencias municipales de defensa de los derechos de los usuarios turísticos, y normalmente disponiendo en colaboración con las competencias de la Administración autonómica. La ley catalana, en su art. 68.e), atribuye expresamente a los municipios la titularidad de las potestades inspectora y sancionadora "sobre las actividades turísticas que se lleven a cabo dentro de su término municipal, que incluyen los servicios de comercialización presencial o telemática de estas actividades", en coordinación con la Generalitat.

Propuestas de mejora:

- Una descentralización de competencias autonómicas mediante la inclusión en las leyes de turismo (y posterior aprobación de los reglamentos autonómicos ejecutivos y municipales adecuados) de específicas competencias municipales propias en defensa de los usuarios de las viviendas turísticas (y, en su caso, de otros usuarios turísticos), al afectar notablemente esta modalidad de servicio del alojamiento turístico al ejercicio de otras competencias municipales (convivencia ciudadana y seguridad pública, urbanismo, vivienda, suministro de servicios básicos, transporte público de viajeros, medio ambiente, etc.), y tener así un cualificado interés local superior al presente en la prestación de otros servicios turísticos en el ámbito municipal. El proyecto de ley deberá atribuir la titularidad de las potestades administrativas precisas para ejercer las específicas competencias municipales atribuidas, y, consecuentemente, disponer para los municipios turísticos (o de característica similares) o con cierta población lo siguiente:

  a) Creación de oficinas municipales de asistencia al turista, a semejanza de las OMIC que dispone la legislación de defensa de consumidores/usuarios (debiendo, en consecuencia, aprobarse una específica regulación reglamentaria de las HQR turísticas), con las siguientes funciones: a) informar y asesorar a los usuarios turísticos sobre sus derechos (y sus deberes) y su ejercicio efectivo; b) ejercer la mediación-conciliación en los conflictos entre usuarios y empresas iniciados con las quejas y las reclamaciones presentadas por los turistas; c) remitir a la unidad de disciplina turística municipal las denuncias de

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

indiciarias infracciones administrativas turísticas de su competencia.

b) Creación de unidades municipales de disciplina turística, con las siguientes funciones públicas: a) potestad inspectora sobre las presuntas infracciones turísticas cometidas contra los usuarios de las viviendas turísticas, siempre que se trate de empresas radicadas en su término municipal o la infracción se hubiera cometido solamente en dicho término, debiendo revisarse, en su caso, el régimen procedimental del ejercicio de la potestad inspectora turística; b) potestad sancionadora sobre dichas infracciones administrativas, debiendo revisarse, en su caso, el régimen de infracciones dispuesto en la ley de turismo al efecto de incluir específicos tipos en defensa de los usuarios turísticos, y los consiguientes y previos deberes legales constitutivos de los tipos infractores.

c) Creación de juntas arbitrales turísticas, a semejanza de las juntas arbitrales de consumo, o, en su defecto, sección turística en la junta arbitral de consumo del municipio, con las funciones arbitrales y mediadoras establecidas en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

8. Propuestas de mejora sobre el gravamen a las viviendas turísticas en el ámbito local (Prof.ª M.ª del Mar Soto Moya)

- El gravamen por las estancias en establecimientos turísticos no puede realizarse por otra figura tributaria diferente al impuesto, por lo que, pese a que, erróneamente, la tributación sobre estancias en establecimientos turísticos (que incluye las VUT) se suele denominar "tasa turística", el tributo que grava esta actividad, por su naturaleza, no puede ser una tasa, sino que ha de ser un impuesto.

- En la actualidad, no es posible gravar las estancias en VUT en el ámbito local, ya que los entes locales no tienen competencias legislativas, que son imprescindibles para la creación de impuestos (que solo pueden establecerse mediante una norma con rango de ley).

- Las comunidades autónomas sí tienen competencias legislativas, por lo que hasta el momento, en nuestro país, han sido las comunidades autónomas las que han sometido a gravamen las estancias en establecimientos turísticos: Cataluña, Baleares y Comunidad

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

Valenciana (en esta última, pese a haberse aprobado el impuesto, muy probablemente se va a derogar antes de su entrada en vigor).

- La propuesta de mejora para lograr adecuar el tributo a las necesidades locales pasaría por la modificación del TRLRHL, consistente en la introducción de una nueva figura impositiva: un impuesto municipal, de carácter potestativo, que gravara las estancias en establecimientos turísticos en el ámbito local. De esta forma, los ayuntamientos que lo estimaran oportuno podrían implementar un gravamen sobre los establecimientos turísticos (incluyendo las VUT), con el objetivo de coadyuvar al mantenimiento de los gastos públicos municipales generados por el turismo y a la sostenibilidad turística en el municipio.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 39
ISBN: 978-84-125912-5-5

Claves 39

Viviendas de uso turístico

Análisis de la situación actual y propuestas para la mejora de su marco regulatorio

No cabe duda de que las viviendas de uso turístico (VUT) constituyen una materia de gran interés local. De ellas se ha ocupado ya la Fundación Democracia y Gobierno Local en varias de sus actividades, incluidas contribuciones en sus publicaciones periódicas y la celebración de jornadas. No obstante, la relevancia y actualidad del tema hizo conveniente su tratamiento completo y sistemático en una obra colectiva que, además, prestara particular atención a su incidencia en el ámbito local. Con esta finalidad, se constituyó en su día, en el seno de la Fundación, un grupo de trabajo con este objeto y que culmina hoy viendo la luz el presente libro.

Esta obra aborda el análisis de la situación actual de las VUT y la formulación de propuestas para la mejora de su marco regulatorio. Cada uno de los capítulos que la integran examina un aspecto clave de la cuestión: el contexto socioeconómico de las VUT; el impacto en las ciudades de su actividad; su objeto y régimen de funcionamiento; los mecanismos de intervención local en la actividad de alojamiento turístico en viviendas; la regulación de las VUT a través de los instrumentos de planeamiento urbanístico; su regulación desde la perspectiva de los principios de buena regulación económica; la protección de los derechos de los usuarios de este tipo de viviendas; y la fiscalidad de las VUT. Se cierra el libro con un capítulo final que recoge las conclusiones y propuestas de mejora normativa.

Estamos ante una obra de perfil académico. Durante su elaboración, no obstante, se tuvo el acierto de contrastar las propuestas en desarrollo con la opinión de técnicos de las Administraciones y expertos en el sector. El resultado es una obra rigurosa y de utilidad, seguramente llamada a convertirse en referencia para los interesados en la materia.

Alfredo Galán Galán
Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

www.gobiernolocal.org

9 788412 591255