

Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia *Cali apartments* y su recepción en España*

The right to housing and the regulation of the tourist rental market in the European Union: comments on the *Cali apartments* ruling and its reception in Spain

ALBERTO MACHO CARRO

Universidad de Valladolid
alberto javier.macho@uva.es



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.668-686>

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por medio de su Sentencia *Cali apartments*, ha reconocido la posibilidad de que los Estados miembros regulen el mercado de viviendas de uso turístico para tratar de garantizar el derecho a la vivienda de sus ciudadanos. En este sentido, la lucha contra la escasez de viviendas podrá considerarse como una razón imperiosa de interés general para justificar la imposición de severos regímenes de autorización a la prestación de un servicio que, en principio, debería poder ejercerse libremente. Además, la Sentencia deja en manos de los entes locales un amplio margen para configurar estos regímenes restrictivos de la libre prestación de servicios, pues entiende son las autoridades públicas mejor posicionadas para evaluar y responder al impacto que este tipo de servicios pueden tener sobre la oferta de vivienda en alquiler de sus respectivos territorios.

El Tribunal Supremo se ha servido ya de esta doctrina para confirmar la legalidad de los estrictos requisitos impuestos a la implantación de viviendas de uso turístico en la ciudad de Bilbao, a través de la potestad local de planeamiento urbanístico, entendiéndolo que cuenta para ello con un claro respaldo y legitimación democrática.

Palabras clave: Derecho a la vivienda; alquiler turístico; Directiva de servicios; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; entidades locales; Tribunal Supremo.

Abstract: The Court of Justice of the European Union, in its *Cali apartments* judgment, has recognised the possibility for Member States to regulate the tourist accommodation market in order to try to guarantee the right to housing for their citizens. In this sense, the fight against the

* Investigación cofinanciada por la Junta de Castilla y León y el Fondo Social Europeo.

shortage of housing may be considered as a reason of general interest to justify the imposition of strict authorisation regimes for the provision of a service which, in principle, should be freely exercisable. Furthermore, the judgment provides local authorities with a wide leeway to shape these restrictions of the freedom to provide services, as it understands that they are the public authorities best placed to assess and respond to the impact that this type of services may have on the supply of rental housing in their own territories.

The Supreme Court has already made use of this doctrine to confirm the legality of the strict requirements imposed on the establishment of tourist accommodation by the city of Bilbao through its urban planning powers, on the understanding that it has as clear democratic legitimacy to do so.

Keywords: Right to housing; tourist accommodation; services directive; Court of Justice of the European Union; local entities; Supreme Court.

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el arrendamiento de viviendas para estancias breves ha transformado la faz de numerosas ciudades. Si bien es cierto que esta actividad seguramente haya contribuido a democratizar el turismo, también lo es que ha venido acompañada de importantes externalidades negativas, entre las que sin duda destaca la presión ejercida sobre el mercado de vivienda en alquiler.

En efecto, la búsqueda de una mayor rentabilidad por parte de sus propietarios ha propiciado un considerable trasvase de inmuebles de un mercado a otro, agravando notablemente la escasez de viviendas en alquiler para uso residencial que ya venían padeciendo muchas de las grandes urbes europeas. Con ello se han acentuado las dificultades de importantes sectores de población para acceder a una vivienda adecuada que, al objeto de satisfacer esta necesidad esencial, se han visto expulsadas no ya solo de los centros urbanos, sino también de los barrios y distritos más concurridos.

Ante esta situación, varios Estados miembros han optado por regular el mercado de viviendas de uso turístico, lo que inevitablemente ha supuesto una limitación de la libre prestación de servicios que el Derecho de la Unión Europea pretende maximizar. Una cuestión sobre la que el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de su Sentencia *Cali Apartments*, de 22 de septiembre de 2020, que, como se verá en este trabajo, ha tenido ya una importante repercusión en nuestro país.

1. LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA COMO JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL MERCADO DEL ALQUILER TURÍSTICO: EL CASO CALI APARTMENTS

El caso *Cali*¹ tiene su origen en las multas impuestas a dos empresas por el arrendamiento en París de sendas viviendas turísticas a través de la plataforma *Airbnb* sin haber recabado la preceptiva autorización previa para ejercer esta actividad económica. Y es que, el Código de la construcción y de la vivienda francés establece que, en los municipios de más de 200.000 habitantes, el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda estará sujeto a autorización previa por parte de la autoridad municipal; constituyendo un cambio de uso el arrendamiento de un inmueble amueblado destinado a vivienda de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio. Además, este mismo precepto contempla que dicha autorización pueda estar supeditada a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble que tenga otro uso. Por último, se dispone que serán las respectivas juntas municipales quienes establecerán «las condiciones de concesión de las autorizaciones y de determinación de las compensaciones por barrio y, en su caso, por distrito, a la luz de los objetivos de diversidad social, en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda»².

En desarrollo de esta normativa nacional, la Junta municipal de París aprobó un reglamento que, efectivamente, prevé que la expedición de una autorización de cambio de uso esté condicionada a una compensación. En principio, esta compensación consistirá en la conversión en viviendas de inmuebles que estén situados en el mismo distrito y que reúnan las mismas condiciones de calidad y superficie que aquellos cuyo alquiler turístico se pretende. Sin embargo, en áreas especialmente tensionadas la compensación resultará aún más exigente, requiriéndose la conversión en vivienda de inmuebles con el doble de superficie que aquellos objeto del cambio de uso.

El problema jurídico de alcance comunitario se plantea porque, en principio, en el ámbito de la Unión Europea rige el principio de libre

¹ STJUE (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments SCI y HX*, asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743.

² Código de la construcción y la vivienda francés. Último inciso del art. L. 631-7.

prestación de servicios. En concreto, la Directiva de servicios³ aspira a liberalizar en la mayor medida posible la prestación de estos dentro del mercado interior, prohibiendo con carácter general la supeditación del acceso y ejercicio de las actividades de servicios a regímenes de autorización, que solo podrán imponerse con carácter excepcional y de acuerdo con una serie de condiciones. Estas condiciones se concretan en el artículo 9.1 de la Directiva, donde se establece que los regímenes de autorización: a) no podrá ser discriminatorios; b) su necesidad habrá de estar justificada por una razón imperiosa de interés general; y c) el objetivo perseguido con su establecimiento no habrá de poder conseguirse por medio de una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Por su parte, el artículo 10.1 de la Directiva dispone que «los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria». Criterios que, conforme al apartado segundo de ese mismo precepto, deberán reunir las siguientes características: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; y g) ser transparentes y accesibles.

En otras palabras, en el marco jurídico de la Unión Europea la prestación de una determinada actividad económica de servicios solo excepcionalmente podrá estar sujeta a un régimen de autorización previa. Y, para que las autoridades de los Estados miembros puedan imponer estos regímenes, su necesidad habrá de estar justificada y su configuración resultar conforme con los requisitos establecidos por el artículo 10.1 de la Directiva de servicios.

Pues bien, volviendo al caso concreto que dio origen a la Sentencia *Cali*, las empresas multadas recurrieron sus sanciones alegando que el régimen de autorización impuesto por la normativa francesa vulneraba su derecho a la libre prestación de servicios tal y como este se haya configurado por el Derecho europeo. En el curso del procedimiento, el Tribunal de Casación francés planteó una cuestión prejudicial ante el

³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

TJUE al objeto de dilucidar, entre otros extremos, si la lucha contra la escasez de viviendas en alquiler puede constituir una «razón imperiosa de interés general» que permita justificar la imposición de un régimen de autorización al arrendamiento de viviendas de uso turístico en determinadas zonas geográficas. Y, de ser así, si esta medida resulta proporcionada en relación con el objetivo perseguido. Además, se pregunta también si el art. 10.2 de la Directiva de servicios se opone a un sistema de autorización como el previsto por la normativa nacional francesa, que deja en manos de las autoridades locales la facultad de precisar las condiciones de concesión de las autorizaciones a la luz de los objetivos de diversidad social, en función de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de oferta.

1.1. La lucha contra la escasez de viviendas como razón imperiosa de interés general para intervenir el mercado del alquiler turístico

Tras afirmar que la Directiva de servicios resulta aplicable a la actividad económica desarrollada por las empresas sancionadas y constatar que el régimen impuesto por la normativa francesa constituye un sistema de autorización, el TJUE pasará a analizar si el mismo resulta compatible con los requisitos impuestos por los arts. 9 y 10 de la Directiva.

En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo constatará si realmente concurre una razón imperiosa de interés general que justifique tanto la necesidad del régimen de autorización impuesto, como su configuración concreta. Sobre esta cuestión, el Gobierno francés y la ciudad de París habían sostenido que «el objetivo de las disposiciones controvertidas es, ante todo, combatir la escasez de viviendas (y la consiguiente alza de los precios) en ciertas áreas (generalmente, centros de atracción turística), que, al menos en parte, se debe a que los propietarios tienden a preferir arrendar sus viviendas por breves períodos de tiempo y no por períodos prolongados»⁴.

El art. 4 de la Directiva de servicios establece en su apartado octavo una definición auténtica de lo que ha de entenderse por «razón imperiosa de interés general», según la cual lo será toda aquella «razón reconocida

⁴ Conclusiones del Abogado General Bobek, de 2 de abril de 2020, sobre los asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18, ECLI:EU:C:2020:251, §98.

como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: [...] la protección del entorno urbano, [...] y los objetivos de la política social». Pues bien, aunque, como señala el Abogado general en sus conclusiones, esta enumeración no debe entenderse como una lista tasada, pudiendo existir objetivos justificados al margen de que hayan sido desarrollados como tal por la jurisprudencia⁵, lo cierto es que «el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y de lucha contra la presión inmobiliaria, en particular cuando un mercado concreto experimenta una escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta, pueden constituir razones imperiosas de interés general»⁶.

En efecto, en las Sentencias *Ospelt y Schlössle Weissenberg*, de 23 de septiembre de 2003, y *Woningstichting Sint Servatius*, de 1 de octubre de 2009, el TJUE ya consideró que la lucha contra la presión inmobiliaria constituye un objetivo legítimo, en virtud del cual pueden adoptarse medidas limitativas de la libre de circulación de capitales⁷. Por su parte, en el asunto *Libert*, de 8 de mayo de 2013, el TJUE recordaba que las exigencias normativas dimanantes de la política de vivienda social de un Estado miembro que tienen por objeto garantizar una oferta de vivienda suficiente a las personas con escasos ingresos, o a otras categorías desfavorecidas de la población local, podían ser consideradas razones de interés general que justifiquen restricciones de las libertades comunitarias fundamentales⁸.

En suma, parece indudable afirmar, como hace el TJUE en su Sentencia, que la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al alquiler de larga duración con vistas a satisfacer el derecho a una vivienda digna constituye una razón imperiosa de interés general. Razón que, de acuerdo con los arts. 9.1.b) y 10.1.b) de la Directiva de servicios, permite justificar un régimen de autorización limitativo de la libre prestación de un servicio como el alquiler turístico de viviendas para estancias breves.

⁵ Ídem., § 102.

⁶ STJUE *Cali Apartments*, *op. cit.*, § 68.

⁷ STJUE de 23 de septiembre de 2003, *Ospelt y Schlössle Weissenberg*, asunto C-452/01, ECLI:EU:C:2003:493, § 39; STJUE de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, asunto C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593, §§ 29 y 30.

⁸ STJUE de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, §§ 49-52.

1.2. Un amplio margen de maniobra en manos de las entidades locales para configurar los regímenes de autorización de forma proporcionada

Más dudas pueden suscitarse respecto de la proporcionalidad de esta medida; aunque no tanto desde la perspectiva de su mera necesidad, cuanto de su configuración concreta a nivel local. En particular, el problema se plantea en relación con el requisito de la compensación que los municipios pueden imponer como condición para obtener la autorización. Compensación que, como se ha visto, en París puede llegar a consistir en la conversión en vivienda de un inmueble con el doble de superficie que aquél otro cuyo arrendamiento turístico se pretende.

En este sentido, tanto el Abogado general como el propio Tribunal entienden que la imposición de un régimen de autorización al arrendamiento de viviendas de uso turístico resulta perfectamente proporcional al objeto de garantizar una oferta suficiente de viviendas en alquiler. Así, ambos estiman que la presencia de ciertos elementos flexibilizadores en la normativa nacional (como su circunscripción a municipios de cierto tamaño, o la exención de autorización para el arrendamiento de inmuebles que constituyan la residencia principal del propietario), unida a la ineficacia de otros posibles regímenes de intervención a posteriori para evitar el trasvase de viviendas de un mercado a otro, permiten satisfacer sin problema la condición impuesta por el art. 9.1.c) de la Directiva de servicios⁹. Unas consideraciones que, además, el Abogado general precede de una reflexión en abstracto sobre la posibilidad de limitar tanto la libertad de empresa (art. 16 CDFUE) como el derecho de propiedad privada (arts. 17 CDFUE y 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH)¹⁰; afirmando que, «siempre que la reglamentación del uso

⁹ Conclusiones Abogado general, *op. cit.*, §§ 115-116; STJUE *Cali Apartments*, *op. cit.*, §§ 73-74.

¹⁰ En relación con el primero señala que «la libertad de empresa no es una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por lo tanto, la libertad de empresa puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general» (§ 88). Por su parte, sobre el derecho de propiedad privada subraya que «el artículo 1, párrafo segundo, del Protocolo n.º 1 del CEDH habilita a los Estados para *reglamentar el uso de los bienes* de acuerdo con el interés general. Esto es así, en particular, en el ámbito de la vivienda, que constituye un elemento esencial de la política social y económica. Según el TEDH, para desarrollar estas políticas, el legislador debe gozar de un amplio

no constituya una restricción tan severa que, en la práctica, equivalga a la expropiación o depreciación de los bienes en sí, se permiten las restricciones de estos derechos, incluso de alcance sustancial»¹¹. Reflexión que le llevará a sostener que:

«la única solución proporcionada no es necesariamente la menos onerosa para el propietario individual del inmueble: este es solo uno de los factores que se deben tener en cuenta en una ecuación hartamente compleja. En vez de una única solución, hay todo un abanico de opciones que superarían el examen de la proporcionalidad: no existe un único resultado inevitable, sino un amplio espectro, una zona de soluciones imaginables con diferentes posibles resultados, todos los cuales se pueden considerar proporcionados»¹².

Ahora bien, la cuestión se complica cuando un municipio concreto como la ciudad de París opta por condicionar la expedición de la autorización de cambio de uso de forma tan severa. En relación con esta última cuestión, el Abogado general considera especialmente problemática la obligatoriedad indiscriminada de la compensación. Así, mientras que, a su juicio, este requisito podría resultar proporcionado para los grandes tenedores, el mismo podría no serlo para quienes únicamente disponen de una segunda vivienda que arrendar. Un problema que plantea también desde la óptica de la discriminación, prohibida en la configuración concreta de un régimen de autorización por el art. 10.2.a) de la Directiva de servicios y que, conforme al art. 21.1 CDFUE, podría deberse a razones de patrimonio. En palabras del Abogado general: «sería realmente difícil explicar por qué el acceso al mercado, aparentemente rentable, de cierto tipo de servicios debe reservarse en la práctica solamente a los más pudientes, que son quienes pueden cumplir el requisito de la compensación y que, por lo general, serán personas jurídicas o promotores inmobiliarios, tal como ha sugerido la Ciudad de París»¹³. Sea como fuere, esto no obsta para que, en su opinión, «un requisito de compensación, en general y por sí mismo, puede ser una forma válida de afrontar un problema de escasez de

margen de apreciación, tanto respecto a la existencia de un problema de interés público que requiere medidas de reglamentación, como respecto a la elección de las normas detalladas dirigidas a aplicar dichas medidas». (§ 91). *Cursivas en el original.*

¹¹ Conclusiones Abogado general, *op. cit.*, § 93.

¹² *Ídem.*, § 94.

¹³ *Ídem.*, § 132.

viviendas»¹⁴. Cuestión que deberán valorar los tribunales nacionales en función de su configuración concreta en cada municipio.

Por su parte, al analizar la proporcionalidad de los criterios que rigen el régimen de autorización configurado por la normativa francesa, la Sentencia no se centrará tanto en su concreción por la ciudad de París, cuanto en la facultad conferida a las juntas municipales para vincular las autorizaciones a un requisito de compensación y determinar su cuantía. Requisito que deberá adecuarse a la situación de cada barrio o distrito, y cuya magnitud habrá de establecerse a la vista del objetivo de diversidad social, en función de las características de los mercados de vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de su oferta.

Como señala el Tribunal de Justicia, habrán de ser los jueces nacionales quienes aprecien que el ejercicio de esta facultad no va más allá de lo necesario. Sin embargo, esto no le impedirá afirmar que una normativa de estas características resulta «idónea para garantizar la adecuación del régimen de autorización instituido por ella a las circunstancias específicas de cada uno de los municipios afectados, de las que las autoridades locales tienen un conocimiento privilegiado»¹⁵. Una idea que impregnará los criterios proporcionados a los tribunales nacionales para guiar su actuación de una clara deferencia hacia las decisiones de las juntas municipales.

Así, el Tribunal considerará que, de cara a evaluar la proporcionalidad de un concreto régimen de autorización con compensación, habrá de valorarse su eficacia como mecanismo para hacer frente a la escasez de viviendas en los territorios de que se trate; así como que su cuantía resulte adecuada a las particularidades del área donde se impone, y compatible con el ejercicio de la prestación del servicio. No obstante, estos dos últimos hitos del examen de proporcionalidad referidos a la cuantía de la compensación se verán inmediatamente atenuados por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en relación con su adecuación a la situación del mercado de alquiler de los municipios afectados, la Sentencia afirmará que la facultad conferida a las entidades locales constituye ya, por sí misma, «un indicio sólido de la idoneidad de la obligación de compensación autorizada por la normativa nacional controvertida en el litigio principal». Eso sí, siempre que su ejercicio «tome en

¹⁴ *Ídem.*, § 133.

¹⁵ STJUE *Calí Apartments*, *op. cit.*, § 82.

consideración las diferencias objetivas de situación entre los territorios de que se trate y, por tanto, permita tener en cuenta las particularidades propias de cada municipio, o incluso de cada barrio o distrito del mismo»¹⁶.

Por lo que respecta a la apreciación de la compatibilidad de la cuantía de la compensación con el ejercicio de la prestación del servicio, el TJUE considera preciso tomar en consideración, «en particular, la mayor rentabilidad normalmente generada por esta actividad en relación con el arrendamiento de inmuebles destinados a viviendas residenciales»¹⁷. No obstante, acto seguido señalará que «la obligación de compensación que la autoridad local de que se trate haya optado por imponer no priva, en general, al propietario de un inmueble destinado al arrendamiento de obtener de él los frutos, ya que, en principio, dispone de la facultad de arrendarlo no como inmueble amueblado para uso de clientes de paso, sino como inmueble para uso de clientes que fijan en él su residencia, actividad ciertamente menos rentable pero a la que no se aplica esta obligación»¹⁸.

De este modo, el TJUE parece dar el visto bueno a que las entidades locales impongan condiciones a la concesión de autorizaciones para el arrendamiento de viviendas de uso turístico tan severas como consideren oportuno; siempre y cuando estas condiciones estén basadas en criterios objetivos, vengam amparadas legalmente y resulten conformes con el resto de requisitos establecidos por la Directiva de servicios. Todo ello, en el entendido de que los municipios son las autoridades públicas mejor posicionadas para evaluar y responder al impacto que este tipo de servicios pueden tener sobre la oferta de vivienda en alquiler en sus territorios.

Esta argumentación ha sido duramente criticada por Hatzopoulos, quien, pese a aceptar que las autoridades locales conocen mejor que nadie las características de sus respectivas poblaciones, considera que, en la medida en que las mayorías políticas pueden variar de un concejo municipal a otro, las decisiones adoptadas por estos podrán también divergir en función de lo que se considere socialmente aceptable. De este modo, se estaría abriendo la puerta a un tratamiento desigual entre los propietarios de viviendas de distintas localidades, así como mermando la

¹⁶ Ídem., § 90.

¹⁷ Ídem., § 91.

¹⁸ Ídem., § 92.

seguridad jurídica para arrendadores y plataformas. Por ello, este autor carga las tintas contra el concepto de diversidad social manejado en la Sentencia, pues considera que el Tribunal de Justicia se sirve del mismo para practicar un examen de proporcionalidad excesivamente laxo (2021: 922).

Además, Hatzopoulos también se opone frontalmente a la idea propuesta por el Abogado general —y asumida después por el TJUE— de que pueda existir todo un espectro de soluciones proporcionadas admisibles para combatir de la escasez de viviendas en alquiler de larga duración. A su juicio, para llegar a esta conclusión se habría hecho un uso inapropiado de los derechos fundamentales, que no deberían emplearse como mecanismo para determinar el contenido de las libertades de mercado, sino como límites a las mismas; por lo que no resultaría adecuado recurrir a los derechos fundamentales como parámetro interpretativo de un instrumento liberalizador mucho más desarrollado y específico como es la Directiva de servicios. Por ello, este autor considera incompatible que las autoridades nacionales puedan recurrir a todo un abanico de medidas proporcionadas admisibles con la pretensión declarada por la propia Directiva de atajar la arbitrariedad de esas mismas autoridades (2021: 924).

En mi opinión, ambos argumentos resultan excesivamente endebles y tendenciosos, por los siguientes motivos. En primer lugar, criticar el margen de actuación que la Sentencia deja a los municipios europeos para combatir la escasez de viviendas, alegando que las medidas adoptadas por estos serán diversas en función de las distintas mayorías políticas que los conformen, supone desconocer uno de los valores esenciales sobre los que se asienta la Unión Europea: la democracia, en su vertiente local. Es cierto que el Derecho comunitario aspira a armonizar la reglamentación del mercado interior con una tendencia claramente liberalizadora. No obstante, esto no excluye que puedan existir ámbitos de regulación pública perfectamente amparados por los propios instrumentos jurídicos europeos que, como la propia Directiva de servicios, articulan esa liberalización. Máxime cuando esa regulación tenga por objeto garantizar la satisfacción de un derecho humano vinculado a una necesidad tan elemental como la vivienda.

Por otro lado, tampoco me parece riguroso afirmar que el Abogado general haya hecho en sus conclusiones un uso inadecuado de los derechos de libertad de empresa y de propiedad, utilizándolos como instrumentos para interpretar el contenido de la libre prestación de

servicios, en lugar de como límites a la misma. A mi juicio, no se trataba de mostrar cómo esta libertad de mercado puede encontrar límites en los derechos de otros individuos, sino de explicar que los derechos de los propios prestadores de servicios de los que aquella se sirve instrumentalmente pueden ser objeto de restricciones legítimas. Y ello aunque exista un instrumento como la Directiva de servicios, que desarrolle y concrete el contenido de esa libertad. Pues bastará con que las restricciones impuestas a la misma se adecúen a las fórmulas previstas por la propia Directiva, que expresamente contempla la posibilidad de que se impongan regímenes de autorización, siempre que satisfagan determinados requisitos.

Sea como fuere, lo cierto es que la Sentencia *Cali* viene a dejar un amplio margen de maniobra a los Estados miembros en general, y a las autoridades municipales en particular, para que, en el marco de sus políticas de vivienda, puedan contrarrestar los efectos de determinadas actividades comerciales sobre la oferta de vivienda en alquiler y, por tanto, sobre el derecho de acceso a una vivienda adecuada. Incluso aunque las medidas adoptadas para hacerlo constituyan una clara e intensa restricción a la libre prestación de servicios dentro del mercado interior de la UE.

Como se verá a continuación, esta doctrina ha sido ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, y utilizada para amparar las limitaciones impuestas por las entidades locales españolas a la proliferación de viviendas de uso turístico.

2. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA DOCTRINA CALI: LA STS 3842/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE

La posibilidad abierta por la Sentencia *Cali* de que las autoridades públicas de los Estados miembros y, en concreto, sus entidades locales, puedan regular el mercado del alquiler turístico para tratar de garantizar el derecho a la vivienda con carácter general ya ha tenido una importante repercusión jurisprudencial en nuestro país. Así, con base en la doctrina sentada por el TJUE, el Tribunal Supremo, por medio de su Sentencia de 19 de noviembre de 2020¹⁹, vino a respaldar las limitaciones impuestas por el Ayuntamiento de Bilbao al establecimiento de viviendas turísticas.

¹⁹ STS 3842/2020, de 19 de noviembre, ECLI:ES:TS:2020:3842.

El caso se originó a raíz de la aprobación por el Pleno de este Ayuntamiento de una modificación al Plan general de ordenación urbana (PGOU) por la que se otorgaba a las viviendas de uso turístico (VUT) la calificación de «uso equipamental», en lugar de «uso residencial». En la práctica, esto se traducía en una intensa limitación a la implantación de este tipo de inmuebles, pues su ubicación en los bloques de viviendas residenciales quedaba sujeta a la satisfacción de una serie de estrictas condiciones. No se trata aquí, por tanto, de la imposición de un régimen de autorización; sino más bien de un conjunto de requisitos en el sentido del art. 4 de la Directiva de servicios²⁰. Requisitos que, no obstante, conforme al art. 15.3 de esta misma norma, tampoco podrán ser discriminatorios, e igualmente habrán de resultar necesarios y proporcionados.

La decisión del Ayuntamiento de Bilbao fue recurrida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ-PV) por considerar que las restricciones impuestas sobre la oferta de VUT constituían «una barrera económica en la entrada y permanencia de los operadores y propietarios del mercado, limitando, entre otros extremos, su capacidad de decisión para competir y ofrecer sus productos y servicios». A juicio de esta entidad, tales restricciones a la libertad de empresa (art. 38 CE), resultarían contrarias a los arts. 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, así como al art. 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios. Pues no se habría acreditado debidamente que se trate de una regulación amparada por una razón de interés general, ni se habrían justificado su necesidad y proporcionalidad²¹.

²⁰ De acuerdo con la definición auténtica de «requisito» contenida en este precepto, se entenderá por tal «cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica».

²¹ De acuerdo con el art. 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado:

«Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos

En su Sentencia, de 11 de junio de 2019, el TSJ-PV afirmará que, mientras el «uso residencial» previsto en el PGOU «da respuesta a las necesidades de vivienda de la población y se dirige a satisfacer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con lo previsto por el art. 47 de la Constitución»; las viviendas de uso turístico «se dirigen, no a satisfacer el derecho a la vivienda, al que es inherente el carácter estable que caracteriza al domicilio habitual, sino a satisfacer circunstanciales necesidades de alojamiento temporal por razones de turismo o vacaciones». Una apreciación que no deja de corresponderse con lo dispuesto en el último inciso del art. 3.4 de la Ley de suelo y rehabilitación urbana²², de acuerdo con el cual, «el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia» (FJ 28).

Pues bien, partiendo de esta base, el TSJ-PV afirmará que:

«puesto que el uso de las VUT puede sustraer del parque residencial previsto por el planificador para dar satisfacción al derecho a la vivienda de los ciudadanos, un número indeterminado de viviendas para destinarlas al alojamiento turístico, uso completamente ajeno al residencial, no cabe desconocer que el planificador se halla legitimado e incluso obligado a promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico, sin que resulte razonable la alternativa de dejar en manos del mercado la decisión al libre albedrío de los propietarios de las viviendas, puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial» (FJ 29).

para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

²² Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana.

De este modo, el TSJ-PV considerará que el Ayuntamiento de Bilbao se encontraba perfectamente legitimado para regular el mercado del alquiler turístico; y que la calificación de las viviendas turísticas efectuada en el PGOU, con las consecuentes limitaciones a su implantación, estaba justificada por una razón imperiosa de interés general: la preservación del derecho a la vivienda de la población afectada por la ordenación y la protección del entorno urbano.

Por lo que se respecta a la proporcionalidad de la medida, la Sentencia se apoyará para confirmarla en un estudio aportado por la propia entidad recurrente, según el cual la decisión municipal impediría el acceso al mercado del 67% de las viviendas turísticas. A juicio del Tribunal sentenciador, esta cifra dejaría «un amplio margen para atender las necesidades de dicho mercado», pues posibilitaría el acceso al mismo de un número de viviendas muy superior al que se vienen registrando como tales, según cifras aportadas por el Gobierno vasco (más de cincuenta mil frente a poco más de seiscientas).

La Sentencia recién comentada será recurrida en casación por la CNMC ante el Tribunal Supremo, que inmediatamente focalizará la cuestión sobre la legitimidad de los entes locales para ordenar el mercado de viviendas de uso turístico. Así, ya en el Auto de admisión del recurso se considerará que el interés casacional de la cuestión reside en determinar el «alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de alojamientos turísticos —singularmente viviendas de uso turístico— en los planes generales de ordenación urbana, cuando el ejercicio de dicha potestad incide —desde una perspectiva restrictiva en el ámbito de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios de viviendas destinadas a ese uso turístico»²³.

Pues bien, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2020, el Tribunal Supremo confirmará la posibilidad —e incluso la necesidad— de que los entes municipales intervengan con sus regulaciones en el mercado del alquiler turístico. Ahora bien, esta regulación deberá instrumentarse «en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática, y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local» (FJ 6º). En este sentido, Aguirre i Font, tras

²³ ATS 12851/2019, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:12851A.

analizar y descartar las ordenanzas municipales como vehículo normativo apto para limitar la implantación de viviendas turísticas, sostendrá que «la ordenación del uso del suelo constituye un monopolio de la ordenación territorial y urbanística, y es el entorno normativo idóneo para valorar y adaptar cualquier regulación limitativa de la actividad de vivienda turística» (2021: 30).

Hechas estas consideraciones, cabría preguntarse entonces si las medidas locales limitativas del alquiler turístico, en tanto que vehiculadas a través de la normativa urbanística, no estarían exentas de la aplicación de la Directiva 2006/123; pues el considerando noveno de esta norma dispone que no estarán comprendidas dentro de su ámbito de aplicación las normas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo.

En respuesta a esta cuestión, el TJUE ya declaró que una normativa municipal por la que se limitaba el establecimiento de determinados comercios minoristas de productos no voluminosos (ropa, calzado) al centro de la ciudad, pese a formar parte de una política de ordenación del territorio, debía entenderse comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios²⁴. Y ello por tratarse de normas que «se dirigen exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar esas actividades en dichas zonas geográficas, con exclusión de los particulares en su capacidad privada»²⁵. Así lo entiende también Román Márquez (2018: 27), quien considera que «la única finalidad de esos planes es regular una determinada actividad económica, por lo que su naturaleza como instrumento urbanístico debe ser puesto en entredicho a los efectos de su exclusión de la Directiva de servicios, por más que su existencia pueda estar justificada para sus redactores en razones como la supuesta incompatibilidad relativa a los usos del suelo entre la actividad de alojamiento turístico y el uso residencial de la vivienda o en la protección del derecho fundamental a una vivienda digna».

Sentada la legitimidad de los entes locales para regular el mercado de viviendas de alquiler turístico, la Sentencia del Tribunal Supremo reproducirá íntegramente las respuestas a las cuestiones prejudiciales

²⁴ STJUE de 30 de enero de 2018, *X y Visser*, C-360/15 y C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44. Resulta interesante destacar que, en esta Sentencia, el Tribunal de Justicia justifica la necesidad de la medida para la preservación de la habitabilidad del centro de la ciudad y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio.

²⁵ *Ibidem.*, § 124.

planteadas en el caso *Cali*, concluyendo que la *ratio decidendi* de la Sentencia de instancia, aun siendo anterior a resolución del Tribunal de Luxemburgo, concuerda plenamente con la doctrina fijada por esta. Así, entenderá que la intervención normativa del Ayuntamiento de Bilbao resultaba perfectamente conforme tanto con las exigencias impuestas por la Directiva de servicios, como por la legislación nacional en cuestión. Pues su necesidad venía perfectamente justificada por dos conceptos que indudablemente han de constituir una razón imperiosa de interés general: la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada, en los términos previstos por la CE, y la protección del entorno urbano²⁶. Para el Alto Tribunal, «no cabe duda de que el Ayuntamiento de Bilbao se ha situado —al aprobar su norma reglamentaria— en el ámbito del espacio que, con precisión, se describe por la STJUE, alegando y justificando, en un marco de prudencia, equilibrio y proporcionalidad, unas razones como las tomadas en consideración por el Tribunal de Luxemburgo» (FJ 10º).

En definitiva, los municipios españoles cuentan ahora con el máximo respaldo jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional, para intervenir el mercado de las viviendas de alquiler turístico en pos de garantizar a sus habitantes el derecho de acceso a una vivienda digna. Intervenciones que, aunque constituyan una clara restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el Derecho de la Unión Europea, podrán estar justificadas siempre que superen el triple test impuesto el artículo 15.3 de la Directiva de servicios.

CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la posibilidad de que los Estados miembros y, en concreto, sus entes locales, regulen el mercado del alquiler turístico al objeto de tratar de garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada de sus ciudadanos. En este sentido, la lucha contra la escasez de viviendas podrá ser considerada como una razón imperiosa de interés general para justificar la imposición de un régimen de autorización a la prestación de un servicio que, en principio, debería poder ejercerse libremente. Además, el

²⁶ Sobre la protección del entorno urbano como razón imperiosa de interés general, *vid.* Sola Teyssiere, J. (2020). «Delimitación material de la razón imperiosa de interés general “protección del entorno urbano” a través de la jurisprudencia urbanística». *Revista española de derecho administrativo*, nº 207, pp. 211-234.

Tribunal parece conferir un margen de maniobra muy amplio a las autoridades locales para configurar los requisitos que hayan de integrar estos regímenes, pudiendo llegar a incluir condiciones intensamente limitativas de la actividad sin que por ello hayan de considerarse desproporcionados. Todo ello, en el entendido de que los municipios son las autoridades públicas mejor posicionadas para evaluar y responder al impacto que este tipo de servicios pueden tener sobre la oferta de vivienda en alquiler a largo plazo de sus respectivos territorios.

Esta doctrina ha sido ya utilizada por nuestro Tribunal Supremo para confirmar la legalidad de los requisitos impuestos a la implantación de viviendas de uso turístico en la ciudad de Bilbao. Unos requisitos que, pese a constituir una férrea restricción a la libre prestación de servicios por su severidad, han de considerarse justificados y proporcionados para tratar de garantizar el derecho a la vivienda y proteger el entorno urbano. Para ello, será determinante que los mismos se articulen a través de la potestad local de planeamiento urbanístico, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre i Font, J. M. (2021), “La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo”. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época* 15, 24-41. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916>
- Hatzopoulos, V. (2021), “Disarming Airbnb – Dismantling the Services Directive? *Calif Apartments*”. *Common Market Law Review* 58(3), 905-928.
- Ponce Solé, J. (2019), *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda. Análisis de experiencias nacionales e internacionales*, Madrid, McGraw Hill.
- Román Márquez, A. (2018), “Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 10, 22-39. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10566>

Sola Teyssiere, J. (2020), «Delimitación material de la razón imperiosa de interés general “protección del entorno urbano” a través de la jurisprudencia urbanística», *Revista española de derecho administrativo*, nº 207, pp. 211-234.