


Sr. D.
BLAS PADRÓN RODRIGUEZ
AVENIDA DE TIRAJANA Nº 36 BL. LOCAL-30
35100 MASPALOMAS
LAS PALMAS

Estimado Sr.:

En relación con la queja de referencia, vistas sus alegaciones, con esta fecha se han dirigido a la Consejería de Turismo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias las siguientes consideraciones:



1ª El objeto de la presente actuación, promovida inicialmente de oficio por el Defensor del Pueblo y más adelante impulsada por la queja y ahora por las alegaciones de la Plataforma de Afectados por la Ley Turística, es determinar si la estrategia articulada en leyes del Parlamento de Canarias, decretos del Gobierno de Canarias y planes urbanísticos y territoriales, es una estrategia respetuosa con los derechos de propiedad y la libertad de empresa. Tal estrategia, que tiene por principales perjudicadas a personas particulares que residen, habitualmente o no, en inmuebles que la Administración autonómica quiere destinar a uso exclusivamente turístico, persigue el objetivo de poner fin a la residencialización de zonas turísticas, estrategia acordada por el Parlamento de Canarias y desarrollada a través del planeamiento urbanístico territorial y municipal.

La Ley 19/2003 (Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias) fijó el objetivo de promover, a través del planeamiento, una progresiva especialización hacia el uso turístico y de evitar el uso mixto por el supuesto deterioro que causa en la oferta turística. Para lograr este objetivo prevé una paulatina especialización del espacio, total o parcialmente, excluyendo la implantación de los dos usos (residencial y turístico) sobre una misma parcela y primando el uso turístico alojativo sobre el residencial, sobre todo en aquellas áreas en que el planeamiento considere más idóneas para el alojamiento turístico insular.

Esta especialización y la consiguiente afección entre los usos turístico y residencial se justifica en la Ley 19/2003 en tales términos.

Con este propósito, iniciado por la Ley de Directrices, años después se promulga la Ley 2/2013, de renovación y modernización turística de Canarias, que tiene entre sus objetivos la reconducción de la residencialización de los establecimientos turísticos, lo cual afecta a varias zonas de los núcleos turísticos de Canarias.

En atención a lo expuesto y a los antecedentes que ya obran en lo actuado por el Defensor del Pueblo, se hacen las siguientes observaciones, que con las ya hechas en comunicaciones anteriores fundan la resolución que figura al final del presente escrito.

2ª Ha de dilucidarse si la Administración puede prohibir a los propietarios el uso residencial en viviendas de su propiedad, ya sea recalificando el suelo a través de los correspondientes instrumentos de ordenación, ya sea considerando tales unidades alojativas como "de uso turístico". Al respecto esta institución ya hizo las necesarias observaciones en junio de 2019 y no se repetirán aquí.

De acuerdo con ellas, es jurídicamente admisible la existencia de un suelo especializado turístico donde no esté permitido el uso residencial. Ahora bien, ese suelo a día de hoy no existe en Canarias, al haberse anulado por sentencia de 18 de mayo de 2018 del TSJ de Canarias (recurso 157/2013) el único instrumento de ordenación que establecía el suelo especializado turístico: el Plan para la Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad de San Bartolomé de Tirajana (PMM).

Como no hay suelo especializado turístico, cabe plantearse si la prohibición de uso residencial puede venir dada por la naturaleza del establecimiento, tomando como punto de partida que aquí se habla de unidades alojativas distintas de los hoteles, tales como bungalows o apartamentos. Lo cierto es que para este tipo de establecimientos la neta separación (y por ende, la incompatibilidad radical) entre uso turístico y residencial es una creación jurídica reciente, que proviene de la Ley 19/2003. De manera que las edificaciones existentes han venido siendo utilizadas desde hace tiempo también como residencia, temporal o permanente. Esta realidad, que resulta propia - aunque no exclusiva- de Canarias, queda plasmada por ejemplo en las Ordenanzas del Plan Parcial Ampliación de Playa del Inglés aprobado en 1972, citadas en las alegaciones.


Por tanto, es un hecho que estas unidades alojativas se utilizan desde hace tiempo como residencia. La "residencialización" es un hecho, como la propia Administración reconoce, al poner entre sus objetivos su "reconducción".

La intención de la Administración de destinar inmuebles al uso específico turístico (incompatible con el residencial) tiene lugar en territorios donde previamente se han implantado usos residenciales, tal y como recoge el TSJ de Canarias en su sentencia de 2018.

De modo que tal implantación de usos residenciales quedaría amparada por la regla general de libertad, al no estar prohibidos.

En consecuencia, no hay base jurídica suficiente para sostener, como sostiene la Administración de Canarias, que el uso residencial esté prohibido. No lo está. No puede estarlo, como se ha venido razonando, ni por la especialización del suelo ni por la naturaleza del establecimiento. Entonces cabe concluir que la facultad de residir en las unidades alojativas a las que se refiere la queja forma parte del contenido del derecho de propiedad y además se trata de facultades patrimonializadas con las consecuencias que ello lleva aparejadas.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que en todo caso la legislación canaria del suelo obliga a la Administración a respetar los usos consolidados preexistentes (artículo 44 bis del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, Decreto Legislativo 1/2000; a partir del 1 de septiembre de 2017 la regulación es la contenida en el artículo 361 en relación con el 362 de la Ley 4/2017, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias). El respeto de los usos consolidados es un principio general en la normativa urbanística de Canarias; de acuerdo con el artículo 361.6, tales usos:




"... podrán ser mantenidos por los interesados y deberán ser respetados por la Administración siempre que resulten adecuados a las condiciones técnicas de seguridad, habitabilidad y salubridad de la edificación, construcción e instalación en los que se realicen y no existan razones acreditadas de riesgo medioambiental que justifiquen su cese o supresión. La consolidación del uso no eximirá de la aplicación del régimen de intervención propio de las actividades clasificadas y normativa sectorial aplicable a la actividad, si bien el uso consolidado que cumpla con los requisitos establecidos en el presente apartado tendrá la consideración de uso compatible a efectos urbanísticos."

El Defensor del Pueblo no cuestiona la posible necesidad de la especialización de usos, y considera muy fundada la premisa de que los hábitos de los turistas no coinciden con los de los residentes. Es evidente que la coexistencia de ambos usos en una misma parcela o complejo puede generar problemas de convivencia entre turistas y vecinos, problemas que precisamente están siendo objeto de quejas recibidas en esta institución y que están siendo tratadas.

3ª La realidad de Canarias es que son frecuentes las estancias de larga duración. La incompatibilidad entre el uso residencial y el turístico no es tan intensa, o no hay incompatibilidad en absoluto, en las estancias turísticas de larga duración (de varios meses), de manera que no hay una frontera nítida entre las estancias turísticas de larga duración (caso de los jubilados) y la residencia temporal o a título de segunda

residencia. De manera que los turistas de larga estancia se asemejan en sus hábitos a los residentes permanentes y más aún a los residentes temporales.

Sin embargo, la Administración de Canarias está buscando impedir el uso residencial, que más allá de ser una facultad que integra el derecho de propiedad, merece una especial protección habida cuenta de que el uso residencial convierte un inmueble en un domicilio, y la noción de domicilio está directamente conectada con otros derechos fundamentales como la intimidad y la vida privada y familiar (artículos 18 CE y 8 Convención Europea de Derechos Humanos). Por ello, más allá de un bien patrimonial que integra facultades de contenido económico, de lo que aquí se trata es del domicilio, es decir del espacio donde tiene lugar la vida privada de las personas. De ahí que la exclusión, prohibición o privación del uso residencial tengan una dimensión más que la del sacrificio económico. Por ello entiende el Defensor del Pueblo que el uso residencial debe ser respetado por la Administración, que ha de darle primacía sobre otros aprovechamientos y defenderlo de inmisiones que lo hagan inviable. Es por otra parte no una opinión nueva ni original, sino asumida como jurisprudencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Si la Administración de Canarias, en su función de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, considera necesario prohibir el uso residencial de las unidades alojativas, debe entonces indemnizar a los titulares afectados (propietarios, residentes), conforme exige el artículo 33.3 de la Constitución, pues nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Dicho de otro modo, prohibir el uso residencial equivale a cercenar una de las facultades que caracteriza el dominio de un inmueble destinado a habitar.

La Administración debe respetar el uso residencial al no haber razones que permitan inferir y fundamentar que este uso está prohibido.

Por lo demás, yerra la Administración al exigir a los propietarios afectados que demuestren estar empadronados para demostrar el uso residencial. La noción de uso residencial que ha de manejarse aquí para poder entender que la Administración respeta los derechos de los propietarios y ocupantes es más amplia que la noción de empadronamiento. En efecto, el padrón puede ser prueba de que se reside en un inmueble, pero puede darse y se da efectivamente el uso residencial sin ningún empadronamiento; el ejemplo paradigmático es el de las segundas residencias, que no por ser segundas pierden su carácter residencial, de manera que en ellas la falta de empadronamiento no probará que no hay uso residencial.

4ª Otra cuestión problemática es la unidad de explotación, que implica que todas las unidades alojativas han de ser obligatoriamente explotadas por el mismo

gestor. Esta obligación viene establecida ya desde el artículo 38 de la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias en la redacción dada por la Ley 5/1999.

La imposición de la unidad de explotación es otra limitación al derecho de propiedad, y además a la libertad de empresa (artículo 38 CE).

Limita el derecho de propiedad en una de sus manifestaciones: la obtención por el propietario de una renta, o frutos civiles (artículos 354 y 355 Código Civil). La regla de unidad de explotación es desventajosa para los propietarios en cuanto restringe sus opciones de obtener un rendimiento, al verse obligados a ceder la explotación a una única empresa, que explota el complejo. Cabe razonablemente presumir que imponer la cesión obligatoria de la explotación del inmueble a un único gestor traerá consigo una menor renta o incluso la ausencia de todo rendimiento, porque no hay ninguna garantía en las normas autonómicas de que el propietario pueda negociar los términos de la gestión o explotación de su propiedad, con que obtener una renta justa. El sistema no garantiza al propietario que pueda alcanzar un equilibrio justo entre él y la empresa beneficiaria de la explotación, porque no le garantiza un rendimiento mínimo: el riesgo y ventura de la gestión la asume el propietario, no el empresario gestor, que solo asumirá el posible beneficio. A juicio de esta institución, tal y como está configurado resulta un sistema asimétrico, con una desigualdad de poder contractual que se ve ahondada por la obligación de afrontar las obras de conservación (que pesa sobre el propietario) y a la que se hará referencia en el siguiente punto de esta resolución.

La unidad de explotación es también una restricción a la libertad de empresa, pues se priva a los particulares de explotar por sí mismos un apartamento turístico; impone la concentración obligatoria de toda la oferta turística de cada edificio en una única empresa, y restringe la oferta al reducir el número de ofertantes impidiendo a los propietarios explotar directamente sus inmuebles o elegir al gestor que consideren más conveniente a sus intereses. El principio de unidad de explotación, al crear monopolios de gestión en cada edificio, impide que cada particular pueda voluntariamente decidir si explota por sí mismo la vivienda o la cede libremente a la persona o empresa de su elección. Como se implanta un monopolio de gestión del inmueble, entonces se reducirá la posible renta que recibirá el propietario, además de impedirle el acceso a una actividad económica.

El impacto negativo de la unidad de explotación sobre las expectativas de renta de los propietarios y su derecho a ejercer una actividad económica en libertad determina que la Administración ha de motivar su necesidad, su carácter indispensable y proporcionado para la consecución del algún objetivo de interés público, que habrá de ser distinto del interés empresarial del gestor único. Así lo exige la ley, ahora en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, bajo la rúbrica "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad" para cuando las Administraciones Públicas establezcan medidas que limiten

el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad: debe aplicarse el principio de proporcionalidad, debe elegirse la medida menos restrictiva, motivarse su necesidad para la protección del interés público y justificarse su adecuación para lograr los fines que se persiguen, y sin diferencias de trato discriminatorias. También debe la Administración evaluar periódicamente los efectos y los resultados obtenidos.

La Administración de Canarias ha tratado de justificar la unidad de explotación en los derechos de los consumidores, a quienes beneficiaría la concentración de toda la oferta de un mismo complejo en un único gestor. Pero para evaluar la proporcionalidad de un requisito no basta aducir que este aporta algún beneficio al interés general, es preciso también que el beneficio al interés general supere al sacrificio particular, y además elegir, entre todos los medios posibles de intervención para el objetivo, el que resulte menos lesivo para los derechos de los particulares afectados.

El Defensor del Pueblo considera que la protección de los intereses de los consumidores puede alcanzarse por medios menos restrictivos que el de la unidad de explotación, en otras palabras es posible tutelar los derechos de los consumidores de una manera más proporcionada a la finalidad, por ejemplo establecer la responsabilidad solidaria de los prestadores de servicios en un mismo edificio. El recurso a la responsabilidad solidaria como técnica de protección del consumidor es la opción prevista, por ejemplo, en el artículo 162 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007).

Finalmente en este apartado, no se reiterará ahora lo ya expresado en la comunicación anterior acerca de la alternancia del uso residencial con el alquiler vacacional, posibilidad abierta tras la sentencia del TS que anuló el artículo 3.2 del Reglamento de las viviendas vacacionales (Decreto 113/2015), que prohibía el alquiler vacacional en suelos turísticos, una prohibición que ha quedado pues anulada.


Por las consideraciones expresadas, el Defensor del Pueblo considera que la unidad de explotación constituye un requisito difícilmente sostenible, por su impacto sobre el derecho de propiedad y la libertad de empresa de los particulares afectados. Por esta razón, el Defensor del Pueblo considera recomendable su supresión, al igual que ya ha hecho en el caso de Illes Balears.

5ª La normativa actual de Canarias no solo priva de uno de los usos del inmueble e impone restricciones injustificadas a la libertad de empresa, sino que puede privar de la propiedad misma.

El Reglamento de la Ley de renovación y modernización turística de Canarias (Decreto 85/2015) en su artículo 28 establece un procedimiento de "sustitución del

propietario disidente" que permite a la Administración imponer la transmisión forzosa a favor de un tercero cuando el propietario incumpla los deberes de conservación y rehabilitación. En la práctica, basta con que haya una denuncia para activar estas medidas. En su artículo 27, bajo la rúbrica "Consecuencias de la declaración de incumplimiento", establece una opción para la Administración, entre (a) la ejecución subsidiaria por la administración pública, a costa del obligado, bien directamente o mediante concurso convocado al efecto; y (b) la renovación por sustitución del propietario, en los términos establecidos en el Reglamento.

La norma obliga al propietario a costear las obras de conservación y rehabilitación (como cabe esperar y es regla en nuestro Derecho urbanístico), y atribuye al gestor el derecho a explotar todas las unidades de alojamiento del complejo. Pero la norma no garantiza al propietario un retorno económico justo. Por ello, en cuanto a su contenido la norma establece un sistema desequilibrado entre los derechos y obligaciones recíprocas; el propietario parece no tener derecho alguno (ni siquiera el de residir en su propiedad), ni el de un retorno económico justo; pero por el contrario, pesan sobre él no solo el deber de soportar la gestión de su propiedad por un tercero, sino también el de costear los gastos de conservación y reparación sin apoyo alguno por el gestor.



Tiene justificación que la ley imponga y la Administración vele por una adecuada conservación del estado de los inmuebles, el deber de conservación no está limitado a los establecimientos turísticos), y que por tanto haya obligaciones exigibles al respecto. Sin embargo, no es equitativo un sistema en el que los deberes de conservación recaen íntegramente sobre el propietario al que se desposee de toda posibilidad de residir o de explotar por sí mismo la unidad alojativa, sin asegurarle una contrapartida suficiente. Por lo tanto, cabe concluir que este sistema impone un sacrificio excesivo a una de las partes (el propietario) sin la debida justificación.

Además, la "sustitución del propietario disidente" es una medida extrema, conforme a una norma ya recogida en el artículo 273.3 de la Ley 4/2017; el cumplimiento de los deberes de conservación puede asegurarse con medidas menos restrictivas, como la ejecución subsidiaria por la Administración de las obras requeridas, admitida por la ley, ahora en el artículo 100.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre los medios de ejecución forzosa, a los cuales se aplica también el principio de proporcionalidad y la necesidad de elegir el menos restrictivo de la libertad individual.

Entonces, habiendo la posibilidad de optar por la ejecución subsidiaria de las obras de conservación, no puede sino calificarse de desproporcionada sobre el derecho de propiedad la de iniciar un procedimiento que conducirá a la privación de la propiedad.

Por último, también cabe formular a la sustitución del propietario disidente otros reparos, de índole competencial. Como precedente tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional 28/2012, que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de ordenación del turismo de Canarias. Esta norma obligaba a transmitir de manera forzosa las unidades de alojamiento que no estuvieran destinadas a la actividad turística. Dicha transmisión forzosa llevaba implícito un derecho de adquisición preferente a favor de los titulares de las demás unidades de explotación o subsidiariamente de la empresa explotadora, que era quien en la práctica acababa adquiriendo la propiedad. El retracto no estaba establecido a favor de la Administración autonómica por razones de interés público en su ámbito de competencias, sino a favor de una entidad privada, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que se estaba estableciendo un régimen de acceso a la propiedad privada que primaba a unos particulares frente a otros, lo que invadía la competencia del Estado en materia civil (artículo 149.1.8ª CE).

Por todo lo expuesto, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo se han dirigido a la Consejería de Turismo, Industria y Comercio, del Gobierno de Canarias, las siguientes:

RECOMENDACIONES

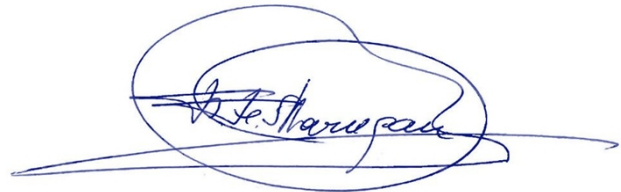
- “1. Promover una modificación normativa que suprima la obligación de atenerse al uso turístico, prevista en los artículos 5.2, 23, 24 y 25 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.
2. En su caso, promueva modificaciones normativas respetuosas con el derecho de propiedad, la libertad de empresa y las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias, basadas en los principios de buena regulación: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, y que la regulación quede suficientemente justificada en su adecuación a dichos principios, conforme a los artículos 129 y 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
3. Entretanto no se aprueben las modificaciones normativas: a) no aplicar los artículos 5.2, 23, 24 y 25 de la Ley 2/2013, en el sentido de que la Administración de Canarias no debe seguir requiriendo a los propietarios atenerse al uso turístico porque no considere acreditado que hayan atendido la prohibición de uso residencial; b) revocar los requerimientos ya cursados.
4. Promover una modificación normativa que suprima la unidad de explotación establecida en el artículo 38 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de

Nº Expediente: 18019511

Ordenación del Turismo de Canarias en la redacción dada por la Ley 5/1999, de 15 de marzo. En su caso, promover una modificación normativa que establezca una forma o formas de explotación respetuosas con el derecho de propiedad, la libertad de empresa y las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias, basada en los principios de buena regulación.”

En cuanto se reciba la contestación, se le dará traslado de la misma.

Le saluda muy atentamente,



Francisco Fernández Marugán
Defensor del Pueblo (e.f.)