

TERCERO.- Que la normativa territorial turística es inadecuada para la resolución de una consulta como la formulada. Desde el punto de vista del derecho civil, competencia del Estado, podemos seguir la sentencia de 7 de marzo de 2016, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas:

"Las obligaciones administrativas que la normativa turística de Canarias exige cumplir a quienes obtienen licencia de explotación turística no comportan por sí mismas ni la atribución de poder alguno a la explotadora para gestionar las zonas comunes de los Complejos Turísticos en explotación, ni obligación de las Comunidades de Propietarios o de los propietarios de ceder ni la gestión y mantenimiento de las zonas comunes del Complejo a la explotadora, ni, obviamente, el uso y explotación de dichas propiedades privadas (ni podrían en ningún caso comportarlo, dada la necesidad de que cualquier expropiación se vea justificada por necesidad o interés público y se indemnice lo expropiado, y desde que la Constitución atribuye la competencia para dictar normas civiles exclusivamente al Estado, salvo los supuestos de desarrollo de Derecho Foral por las Comunidades Autónomas en que existía Derecho Foral a la entrada en vigor de la Constitución). No existe por tanto obligación legal alguna para la Comunidad de Propietarios ni para los propietarios de que realicen la explotación turística del complejo o de ceder sin expropiación sus derechos a un tercero para realizarla (que sería contraria a la libertad de empresa), ni la de afrontar los gastos que tal explotación pueda comportar, ni la de pago por la Comunidad o los propietarios individuales de cantidad alguna a la empresa explotadora, fuera de lo que expresamente se haya pactado en el contrato en su caso concertado entre los litigantes (si se hubiere concertado) y con el límite del poder de disposición que los intervinientes en el contrato tuvieren. E indudablemente dichas normas no permiten tener por alterados los regímenes de aprobación de acuerdos de la comunidad de propietarios y mayorías necesarias para su aprobación establecidos por la LPH estatal de aplicación (ni con carácter general ni respecto a acuerdos en particular).

Formula la parte recurrente una serie de consideraciones sobre el contenido obligacional y naturaleza del contrato de explotación turística pretendiendo que el mismo tiene tipicidad y que su contenido obligacional se regula por la Ley 7/1995 de 6 de abril de Ordenación del Turismo de Canarias, alegaciones que no pueden ser atendidas por varias razones: 1) **En primer lugar porque la Comunidad Autónoma Canarias carece completamente de competencia alguna para regular las relaciones jurídico privadas entre particulares desde que conforme al artículo 149 de la [Constitución Española](#) en su apartado 8º dispone con claridad que 'el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan', siendo manifiesto que en Canarias nunca ha existido derecho civil foral o especial, lo que comporta que la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias podrá establecer las condiciones necesarias para la concesión de licencias de explotación turística y ordenar la actividad turística, pero nunca regular las relaciones jurídicas entre particulares ni imponer a los particulares que cedan sus derechos a otros con condiciones que no hayan aceptado o que sean contrarias a las normas imperativas civiles aprobadas por el Estado, con independencia de que para la obtención de los recursos necesarios para efectuar una explotación turística en las condiciones reguladas por la ley canaria en cuestión la empresa explotadora pueda obtenerlos en el libre mercado por diversos medios (desde la adquisición del dominio de todos ellos en el supuesto más típico de la explotadora propietaria de la totalidad de un complejo o establecimiento turístico, hasta el arrendamiento a propietarios que se los cedan voluntariamente en condiciones que les**

permita cumplir las obligaciones que la empresa explotadora turística, única que realiza la explotación, imponga la Ley de Ordenación de Turismo de Canarias o las normas que la desarrollan); 2) En segundo lugar porque consecuencia de ello el que la jurisprudencia denomina 'contrato de explotación turística' en realidad es un contrato completamente atípico (y ni siquiera nominado, ni por las normas civiles de aplicación, ni siquiera por la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias que no regulan dicho contrato sino los recursos mínimos que ha de disponer quien solicite licencia de explotación de establecimientos turísticos para cumplir el principio de unidad de explotación al que se refieren los artículos 38 y siguientes de dicha Ley administrativa), atípico legalmente e incluso con atipicidad social ya que la realidad es que aunque generalmente tenga por objeto establecer las condiciones en que se efectuaría la cesión voluntaria por los propietarios de unidades alojativas en un complejo turístico del derecho a explotarlas turísticamente, dichas condiciones varían completamente en cada caso, según las circunstancias específicas particulares concurrentes en cada singular contrato, diseñado a medida de esas circunstancias en modo alguno comunes a otros casos, diseñándose ad hoc cada regulación jurídica por las partes, realizando o no contratos conjuntos a todos los propietarios de unidades alojativas, o a éstos y a la comunidad de propietarios (según desee la explotadora hacer un uso intensivo o no de elementos comunes o disponga o no de locales, instalaciones y zonas de esparcimiento propias), realizando en ocasiones sólo algún contrato a algún propietario, aceptando o no diferencia de regulación en cada cesión individual de unidad alojativa de cada propietario, estableciendo condiciones específicas cuando entre las cesiones se incluyen locales comerciales o instalaciones o sólo unidades alojativas; incluyendo o no clausulados que comprendan gestión de negocios de los propietarios individuales, o de la Comunidad de Propietarios, incluyendo o no prestaciones de servicios a la Comunidad de Propietarios o compensaciones por determinados usos de elementos comunes a la Comunidad, incluyendo o no relaciones de mandato de la Comunidad o de los propietarios cedentes, incluyendo o no asunción de obligaciones propias de la Comunidad o los propietarios cedentes... ; 3) Y en tercer lugar porque además la interpretación de la normativa de ordenación turística canaria que se propone por el recurrente (entendiendo 'obligada' por la ley la cesión de la gestión de las zonas comunes por las comunidades de propietarios a las entidades explotadoras, o extendiendo las obligaciones impuestas a las empresas con licencia de explotación turística a las comunidades de propietarios) y que en absoluto comparte la Sala se presentaría como contraria a los derechos constitucionalmente reconocidos a la libertad de empresa (artículo 38 de la [Constitución Española](#)) y hasta a la propiedad privada (artículo 33 de la [Constitución Española](#)), pero es incluso claramente contraria a la propia Ley de Ordenación del Turismo de Canarias cuyo artículo 13 apartado 1 declara terminantemente que 'el establecimiento y ejercicio de la actividad turística es libre', para a continuación establecer los deberes, requisitos y condiciones que han de cumplir las empresas que libremente pretendan establecer o desarrollar actividad turística en Canarias (deberes que les alcanzan sólo a ellas, no a los propietarios o comunidades de propietarios que no asuman libremente la decisión de realizar explotación turística de sus bienes -ni siquiera de los propietarios o comunidades de propietarios que decidan ceder el derecho de uso de sus bienes a una explotadora que pretenda incluirlos en su actividad de explotación turística-), cuyo artículo 39 igualmente establece la libertad de organización y obtención de recursos necesarios para la explotación turística de las empresas turísticas (y la libertad de los propietarios para ceder o no el uso de sus recursos a dichas empresas), o el 46 cuando se tratare de alojamientos en régimen de uso compartido, y sin que, como se ha dicho, lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1999 de 15 de marzo de Canarias, permita prescindir de las normas reguladoras de la [Ley de Propiedad Horizontal](#) en cuanto a la propiedad, gestión y uso de elementos comunes integrados en comunidades en

régimen de propiedad horizontal, o en cuanto a la representación y órganos de gestión de la comunidad de propietarios, o relativas a la adopción de acuerdos (punto en el que debe resaltarse además que el que la empresa explotadora llegue a incluir en la explotación el 50% de las unidades alojativas de un complejo o establecimiento en modo alguno comporta siquiera que tenga el 50% de la propiedad de los elementos comunes a los efectos de las mayorías que han de obtenerse en la Junta General de la Comunidad de Propietarios, o que al votar pueda emitir la mayoría de los votos personales que se exigen por la [LPH](#) para la adopción de acuerdos, por lo que indudablemente en ningún caso puede sustituir ni a la Junta General ni al Presidente (o Junta Directiva establecida en los estatutos, en su caso -siendo frecuente que en el cómputo de mayorías personales la empresa explotadora quede claramente en minoría en las Juntas de estos complejos-), aunque puedan existir contratos de gestión o de prestación de servicios entre la Comunidad y la empresa explotadora que, por el principio de explotación única, será ordinariamente la única facultad para efectuar explotación turística en ese concreto complejo. Sin que por tanto pueda concluirse que la legislación turística vigente en la Comunidad Autónoma de Canarias faculte a las empresas explotadoras a 'ocupar pacífica y conforme a Derecho' los espacios comunes sin contar con el consentimiento de las Junta de la Comunidad (y en cada caso con la mayoría que fuere exigible conforme a lo dispuesto en la [LPH](#)), o que la empresa explotadora tenga sólo por serlo el 'uso y administración de las zonas comunes de los complejos turísticos'

Todo lo expuesto comporta que la única normativa que puede ser de aplicación para la resolución de estos litigios entre particulares (y en particular entre la empresa explotadora y los propietarios de unidades alojativas o de los elementos comunes) es la regulada en el [Código Civil](#) y, en cuanto sea de aplicación, en las Leyes de Arrendamientos Urbanos y de Propiedad Horizontal, y que el propio contrato, salvo las limitaciones establecidas con carácter general para su contenido por el [Código Civil](#) (art. [1255 CC](#)), será el que determine el concreto contenido obligacional que vincule a las partes que lo suscribieron (artículos [1258](#) y [1091](#) del [Código Civil](#)), completado por las normas imperativas y dispositivas de Derecho común estatal de la teoría general de contratos, en cuanto las dispositivas no hayan sido excluidas de aplicación o modificadas por los pactos contraídos entre las partes), y que dada su completa atipicidad habrá de atenderse en principio a lo concretamente pactado por las partes.

Es claro por lo tanto que el derecho autonómico es inhábil para regular las relaciones privadas imponiendo deberes de cesión y contratación obligatoria pues, aparte de su inconstitucionalidad, es un ámbito vedado. Argumento éste que debe impregnar cualquier resolución que se emita desde esa Consejería.

CUARTO.- Desde el punto de vista urbanístico, la respuesta a la consulta se salta la ordenación actual de la parcela, y lo en ella edificado, para remitirnos al artículo 23 de la Ley 2/2013.

"Es deber de los titulares de los establecimientos turísticos destinarlos al ejercicio de la actividad turística, de alojamiento o complementaria, conforme a la calificación de uso asignada a la parcela por el planeamiento, y la del inmueble construido en ella según la licencia obtenida en el momento de su edificación en el caso de que la calificación fuera de uso mixto residencial o turístico indistintamente, así como atenerse a las limitaciones respecto al uso impuestas por el planeamiento, la legislación sectorial o de carácter convencional que le sean

aplicables, sin perjuicio de la regulación específica para las villas incluidas en los artículos 31 y 32".

Este salto omite cualquier referencia a la calificación de la parcela conforme al planeamiento vigente de San Bartolomé de Tirajana. Y resulta según el P.G.O.U. en vigor que el uso mixto es el admitido.

Que la parcela 67 del Pan Parcial Ampliación de Playa del Inglés tenía distintos destinos posibles. Se optó por el de Apartamentos, no por el de Hotel. Y forma parte, dentro de su zonificación, de la Zona residencial. Su uso, mantenido incólume, según el PGOU:

URBANIZACION AMPLIACION PLAYA DEL INGLES

LOTES: 28, 29, 35, 38 (parcela 4), 43 a 45, 47, 51, 52, 58, 59, 66 y 67							
SUPERFICIE (M ²)	USO PRINCIPAL	USO TOLERADO	OCUPACION (%)	EDIFICABILIDAD (M ² /M ²)	VOLUMEN (M ³ /M ²)	ALTURA	SEPARACION LINDEROS
—	Hotel, aparthotel, apartamentos	—	16,66 (1/6)	0,833	—	5 Plantas (s/n)	(1)

(1) Seis metros y diez en fachada.

Se advierte nítidamente que hay varios usos admisibles, con definición tipológica, para la parcela, construida antes de la aprobación definitiva del Plan General. Los propietarios de la edificación, al tiempo de su construcción, al declarar la obra nueva y su división horizontal optaron por un Edificio de Apartamentos, situación que se mantiene actualmente.

Por su tipología, consta suficientemente en los archivos de esa Consejería, que no se instó autorización previa en la época preautonómica para la construcción de un Hotel, en ninguna de sus modalidades. Ni en la etapa autonómica, se alteró esta tipología para ajustarla alguna modalidad de las definidas en el Decreto 149/1986, de 9 de octubre o en el posterior 142/2010, de 4 de octubre. Así que, no siendo un Hotel, ni un Hotel de apartamentos, no es un establecimiento hotelero. Es un edificio de apartamentos, donde, digámoslo ya, el uso turístico es compatible.

QUINTO.- La memoria del P.G.O.U. de San Bartolomé de Tirajana dice lo siguiente:

"Como consecuencia tanto de los cambios producidos en el sector turístico desde su mayor crecimiento a principios de los años 70, como al aumento del nivel de vida de la población insular, se ha producido la utilización de edificios situados dentro de la zona turística como residencia permanente o temporal de fines de semana y periodos vacacionales. Ello ha propiciado la aparición del uso como segunda residencia de una parte de las parcelas enclavadas en la zona turística litoral que no debemos olvidar, ya quedan sometidas a un régimen de explotación muy diferente al que para el suelo turístico han previsto tanto el Plan Insular (anulado) como la Ley 7/1995.

Por ello, el Plan general recoge este uso específico de segunda residencia dentro de la zona turística litoral que no están siendo utilizadas como explotaciones turísticas, distinguiendo dos casuísticas:

a) las **viviendas** actualmente existentes y edificadas al amparo de licencia municipal, aún en el caso de que se encuentren en parcelas con edificaciones en explotación turística.

(...///...)

El tratamiento que se propone es el siguiente:

a) Para las **viviendas existentes**, respetar su "status" sin que le sea de aplicación el mecanismo de "fuera de ordenación".

Es indiscutible que el P.G.O.U. considera que los apartamentos son viviendas. No sólo por contar con cédula de habitabilidad, lo que de por sí lo haría indiscutible, sino porque lo contempla expresamente.

Así pues, en la parcela 67 del Plan Parcial de Playa del Inglés se edificó un Edificio de apartamentos, viviendas que no han perdido su individualidad registral, ni su régimen jurídico urbanístico.

SEXTO.- Que, conforme a lo prevenido en el Orden Ministerial de 17 de enero de 1967, citada en las Normas Subsidiarias de San Bartolomé de Tirajana, de 1986, estas viviendas podían ser comercializadas turísticamente. Situación, de uso mixto posible, que se ha mantenido en Canarias hasta el día de hoy. La Ley 7/1995, en la redacción original del artículo 39.3, decía que la empresa explotadora habrá de asumir la explotación de la totalidad de las unidades del inmueble de que se trate en régimen de propiedad horizontal. La Ley 5/1999 lo suprimió e incluyó en su Disposición Transitoria el siguiente texto:

1. Los establecimientos alojativos que a la entrada en vigor de esta Ley estuvieran autorizados para el ejercicio de la actividad turística, y aquellos que, habiendo solicitado autorización, no hayan obtenido resolución expresa en el plazo fijado normativamente para ello, estarán sujetos al principio de unidad de explotación, con las siguientes especialidades:

a) Deberán estar destinadas a la explotación turística más del 50 por 100 de las unidades alojativas del inmueble de que se trate.

Y al hilo de que en la misma disposición transitoria se otorgaba un derecho de adquisición preferente al explotador, justificado según el Gobierno de Canarias en la salvaguarda del principio de unidad de explotación, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012, declarando que "como quiera que la Comunidad Autónoma de Canarias no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del derecho de adquisición preferente contenida en el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999 en cuestión se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo".

Así pues, hasta ahora, el 51% de los apartamentos del Edificio podían ser explotados turísticamente sin que el resto de viviendas se adscribieran a ese uso manteniendo su "status" legal conforme al planeamiento. Esto es, dedicarlas al uso residencial, bien permanente o de segunda residencia, por el propietario o por un tercero.

SEPTIMO.- Que la omisión en la consulta impide saber cómo se puede llegar de este régimen a otro que, según quien suscribe la consulta, es por mera aplicación de los preceptos de la Ley 2/2013.

Y es notorio el error en el que incurre. El que se tenga autorización para la explotación turística desde el año 1976 no quiere decir, ni mucho menos, que el edificio entero se haya convertido en un establecimiento. No solo contradice la inscripción registral de cada uno de los apartamentos, sino que no hay norma que haya dispuesto tal efecto, y deriva de un desconocimiento completo de la normativa aplicable al tiempo de su construcción.

La obligación de todos los inmuebles de adecuarse al uso turístico lo será cuando el planeamiento establezca el uso turístico exclusivo de la parcela, cosa que no acontece en la actualidad y que debería expresarse. El Plan General de Ordenación supletorio, en trámite, lo contiene, pero ni está aprobado, ni lo va a estar en esas condiciones.

Mención aparte merece el Plan de Modernización, mejora e incremento de la productividad de Maspalomas (PMM). Este Plan utiliza un procedimiento inadecuado, incluyendo esta parcela en nuevo ámbito en el que se incluyen urbanizaciones recepcionadas con otras que ni siquiera tienen formulado instrumento reparcelatorio y, por tanto, aún sujetas al cumplimiento de deberes, altera el uso de aquella pretendiendo una supuesta actuación de dotación que, en realidad, solo persigue un aumento de la edificabilidad sin conexión alguna con el resto de los sectores alterando, al menos dentro de varios de ellos, el proceso de equidistribución, cesión y urbanización.

En adición a lo dicho, el PMM está viciado de nulidad por la falta del informe preceptivo de la Administración del Estado pero sobre todo por la falta de informe de sostenibilidad económica. Este último informe es capital pues debe contemplar, entre otros aspectos, la cuantificación de los costes de mantenimiento por la puesta en marcha y la prestación de los servicios públicos necesarios para atender el crecimiento urbano previsto en el instrumento de ordenación.

Particularmente, el impacto económico que sobre la Hacienda Local va a tener la limitación de los usos que, como facultades ya patrimonializadas, ostentan ya los propietarios de las parcelas urbanizadas . Es lo que asimismo vió el TSJ al anular el PMM Playa de Mogán respecto a esta cuestión ("con las posibles compensaciones a que ello pueda dar lugar"). Efectos intrínsecos a la nueva ordenación sobre ámbitos ya transformados y en el que se ostentan facultades de uso que se ven limitadas en aras a una pretendida renovación que, como ha observado la Sala de lo Contencioso, esconde una pretensión muy distinta.

La nulidad del Plan de mejora y modernización tiene como efecto que cualquier acto dictado en aplicación del mismo sea asimismo nulo. Nulidad que ha sido declarada ya en 5 ocasiones por el TSJ.

Pero, por si fuera poco, la aplicación, por tanto el cambio de uso, de las disposiciones del PMM sólo operará cuando se convenie una actuación con el Ayuntamiento. Y dicho Convenio requiere de la conformidad unánime de todos los propietarios ("titular o titulares de la parcela") al no ser una actuación obligatoria exigida por la Administración.

OCTAVO.- Pasando por alto la discrepancia que advertimos respecto a qué debe considerarse establecimiento turístico, concepto que no tiene una definición clara y que en la tradición del derecho español es circunstancial, pudiendo ser un Edificio/Complejo o parte de él y mientras se desarrolle la actividad, lo cierto es que la respuesta a la consulta yerra.

Da a entender que ya se ha producido el supuesto que legitima la aplicación del artículo 23 y del 5.2 de la Ley 2/2013 lo que es incierto. Como hemos visto el planeamiento permite el uso mixto. La ley no altera la potestad y no exige el uso turístico obligatorio que lo condiciona a que el planeamiento así lo disponga. Como quiera que es notorio que el Plan General no lo impone, la referencia al artículo 23 es inadecuada.

En cuanto a la mención al artículo 5.2 referido al cambio de uso choca materialmente con la disposición transitoria séptima de la Ley. No entendemos por qué no se ha hecho mención alguna en la respuesta.

«Disposición transitoria séptima. Usos residenciales en zonas turísticas.

1. Los usos residenciales ya existentes el 1 de enero de 2017 en parcelas calificadas de uso turístico en el momento en que la ordenación urbanística haya ejecutado la especialización de usos en las zonas turísticas a que se refiere el artículo 25 de esta ley, se consideran compatibles, quedando en situación legal de consolidación, sin que sea

aplicable la declaración de incumplimiento del uso efectivo en aplicación del supuesto de cambio de uso no autorizado al que se refiere la legislación turística.

2. No obstante, la situación legal de consolidación a que se refiere el apartado anterior se limita única y exclusivamente a la continuidad de los usos residenciales existentes, quedando prohibidos los nuevos usos residenciales, así como el cambio de dicho uso a cualquier otro diferente del uso turístico asignado por el planeamiento, cuando ello afecte al principio de unidad de explotación fijado en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias».

Es evidente que, en cuanto norma posterior, aún en caso de antinomia, prevalecerá esta disposición transitoria, y tiene como efecto que legitima los usos residenciales ya existentes. Del Registro General Turístico resulta, como se dice en la consulta, que los usos turísticos sólo tienen lugar en 59 apartamentos, mientras otros 53 están en uso residencial.

La evidencia del error en la respuesta a la consulta interesada es patente. Ya no sólo porque lo que pretende la Ley deberá en su momento superar el filtro de la constitucionalidad, sino porque la aprobación por unanimidad en el Parlamento de Canarias de la disposición transitoria citada ha zanjado cualquier tentación de alterar el status quo jurídico respecto a estas viviendas que no se dedican a su explotación turística.

Viviendas, que no unidades alojativas, como se contemplan en el Borrador del Decreto de Reglamento de vivienda vacacional, art. 8.1, b) y c), expuesto públicamente precisamente por esa Consejería. Y en estas viviendas el uso residencial permanente o de segunda residencia, y el arrendamiento, para ese fin, es incuestionable. Así ha sido y así es, sin discusión alguna.

En cuanto al alquiler vacacional de estas viviendas, es notorio que la prohibición de su ejercicio ha sido anulada por el TSJ y se debate en el Tribunal Supremo si hay en estas zonas razones imperiosas de interés general para sostenerla. Pero además el Derecho comunitario, y el estatal que traspuso la Directiva, permiten el libre acceso a la actividad sin restricción. Derecho comunitario, y estatal, con forma de Ley, que no pueden ser privados de eficacia por un Decreto autonómico y que además deja inaplicado el principio de supremacía.

En virtud de lo anteriormente expuesto, **SOLICITA** que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, se tenga por solicitada la rectificación de la consulta emitida a instancias de la Comunidad de Propietarios del Complejo "Los Aguacates" y se dicte otra por la que se responda declarando que en los apartamentos no adscritos a la explotación turística puede residirse, permanente o temporalmente, arrendarse para ese uso residencial y realizar en ellos la actividad de alquiler vacacional y, si no se admitiera como petición de rectificación, tener por instada la consulta siguiente:

"Si a la vista de los argumentos contenidos en este escrito de petición en los apartamentos no adscritos a la explotación turística del Complejo "Los Aguacates", sito en la parcela 67 de la Ampliación de Playa del Inglés puede residirse, permanente o temporalmente, arrendarse para ese uso residencial y realizar en ellos la actividad de alquiler vacacional".

Las Palmas de Gran Canaria a 30 de Julio de 2018.

PRESIDENTE

BLAS PADRÓN RODRIGUEZ

VICEPRESIDENTA

MARIBE DORESTE SALAMANCA

DIRECCION GENERAL DE ORDENACION Y PROMOCION TURISTICA

CONSEJERIA DE TURISMO CULTURA Y DEPORTES

GOBIERNO DE CANARIAS