



**T. S. J. ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00486/2021

PLAÇA DES MERCAT, 12
Teléfono: 971 71 26 32 **Fax:** 971 22 72 19
Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es
N.I.G.: 07040 33 3 2018 0000509
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000519 /2018 /
Sobre ADMINISTRACION LOCAL
De HABTUR BALEARES
Abogado: TOMAS VILLATORO GONZALEZ
Procurador: ANA DIEZ BLANCO
Contra AYUNTAMIENTO DE PALMA
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

SENTENCIA

En la Ciudad de Palma, a 10 de septiembre de dos mil veintiuno.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos N^o **519/2018** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la entidad “**ASOCIACIÓN DE APARTAMENTOS Y VIVIENDAS DE ALQUILER DE TEMPORADA**” (HABTUR BALEARES), representada por la Procuradora D^a ANA DÍEZ BLANCO y defendida por el Letrado D. TOMÁS VILLATORO GONZÁLEZ, y como Administración demandada el **AYUNTAMIENTO DE PALMA**, representado y defendido por el Letrado Municipal Director de sus Servicios Jurídicos.

Constituye el objeto del recurso el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma en sesión celebrada el 26 de julio de 2018, y la documentación de la delimitación

provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial en el municipio de Palma, publicado en BOIB núm. 93, de 28 de julio de 2018.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 26 de septiembre de 2018, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contraria al ordenamiento jurídico la disposición general impugnada, anulando la misma y condenando en costas a la Administración demandada.

TERCERO. Conferido traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a

la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de la disposición recurrida, con expresa imposición de costas a la parte actora.

CUARTO. Habiéndose recibido el pleito a prueba, practicándose las diligencias previamente declaradas pertinentes, se declaró conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, y se señaló para la votación y fallo el día 23 de julio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La asociación recurrente interesa la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma en la sesión ordinaria celebrada el 26 de junio de 2018, mediante el cual se aprobó la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas (ETV) de uso residencial en el municipio de Palma, esgrimiendo los siguientes argumentos:

1º) La delimitación provisional ha sido elaborada por un órgano que carece de competencia para dictar una norma territorial cautelar, al corresponder la atribución al Consell Insular de Mallorca, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Turismo, artículo 1 de la Ley balear 14/2000, de 21 de diciembre, artículo 1 de la Ley balear 2/2001, de 7 de marzo, con cita de las Sentencias de esta Sala nº 663/2003, de 2 de septiembre, nº 357/2017, de 25 de julio, nº 985/2002, de 3 de diciembre y con una evidente infracción del procedimiento legalmente previsto, al no cumplirse el número mínimo de suscriptores de la proposición popular de acuerdo con el artículo 122bis de la Ley balear 20/2006, de 15 de diciembre, determinado la nulidad de pleno derecho de la misma, en virtud del artículo 47.1 b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

2º) La zonificación aprobada impide de forma absoluta el ejercicio de la actividad de ETV en viviendas plurifamiliares, la cual obstaculiza la competencia efectiva en el mercado, en

contradicción con los términos del artículo 38 de la Constitución y del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, creando importantes distorsiones, como se ponen de relieve en el INFORME INATLAS así como el Informe de la CNMC (aportados con la demanda), con tres principales efectos:

-La reducción de la oferta real de ETV y una severa reducción de la oferta potencial de ETV en Palma, con la consiguiente debilitación de la competencia efectiva entre alojamientos turísticos.

- La consolidación de las modalidades de alojamiento tradicionales –principalmente hoteles-, lo que ahonda en la reducción de la competencia entre éstos y las ETV al reducir la presión competitiva y los incentivos en la innovación de los servicios.

- La pérdida de las externalidades positivas derivadas de la actividad de ETV, entre otras, (i) la moderación del precio medio del alojamiento, (ii) la corrección de la estacionalidad, (iii) el desarrollo del comercio de proximidad, (iv) la aportación de mayor información disponible para los consumidores y usuarios, (v) la generación de rentas complementarias a favor de los propietarios de ETV, (vi) la modernización de barrios o zonas tradicionalmente deprimidos y (vii) la mejora de la transparencia de las transacciones económicas.

3º) La delimitación provisional no supera el “Test de necesidad y proporcionalidad” exigido por la Directiva 2006/123/CE de Servicios, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, sin haberse justificado desde un punto de vista jurídico, técnico y de metodología, ya que no se han aportado datos precisos.

- No cumple con la exigencia de necesidad, ya que no acredita la existencia de una razón imperiosa de interés general que justifique el establecimiento de barreras de entrada al mercado de la actividad económica de explotación de viviendas para uso turístico, actividad permitida por la Ley balear 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares.

- Tampoco cumple con la exigencia de proporcionalidad, toda vez que la misma no es idónea para perseguir los objetivos pretendidos y existen instrumentos menos distorsionadores de la competencia para internalizar el coste de las alegadas externalidades negativas derivadas del impacto de las viviendas de uso turístico sobre el municipio de Palma.

- La delimitación provisional en realidad obedece a criterios de planificación económica que persiguen una regulación de la oferta de alojamiento turístico en Palma, reconociéndose por el Ayuntamiento en el apartado III de la Memoria-Análisis Ambiental.

- Los “indicadores del impacto de las ETV sobre el municipio” empleados en la “Memoria Análisis”, coincidentes con los empleados por el Consell Insular de Mallorca para realizar la zonificación de la isla, no reflejan de forma real el impacto de las ETV sobre el territorio, ya que no se aportan datos, sino que se trata de puras especulaciones que no muestran ni que exista un problema, ni menos que haya sido originado por las viviendas de uso turístico.

4º) El Ayuntamiento de Palma ha vulnerado los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, al infringir los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia para restringir la libertad de empresa de los explotadores de viviendas con fines turísticos, determinando su nulidad por cuanto vulnera el artículo 38 de la Constitución Española.

5º) Vulneración del derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 33 de la Constitución Española, toda vez que limita su contenido sin justificar que dichas limitaciones respondan a una función social o interés general que exige la jurisprudencia nacional y comunitaria.

6º) Quebranto del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley y a la no discriminación, toda vez que proporciona a un sujeto concreto –los propietarios de ETV plurifamiliares- un trato diferenciado ante una situación homogénea frente a los propietarios de ETV unifamiliares y hoteles u otras modalidades de alojamiento, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello.

El Ayuntamiento de Palma se ha opuesto al recurso presentado de adverso, invocando, primero, que se ha adoptado por el órgano competente en virtud del artículo 75.3 de la Ley balear de Turismo; segundo, se ha seguido el procedimiento legalmente establecido y cumpliendo los condicionantes de la iniciativa popular plasmados en el artículo 122bis de la Ley balear 20/2006, de 15 de diciembre, debiendo tener en cuenta que los pliegos de firmas y datos personales de los suscribientes recibieron el tratamiento previsto en el artículo 63.7 de la Ley 12/2019, de 12 de marzo, el artículo 13 de la Ley 39/2015 y artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sin que la entidad actora hubiese impugnado el proceso participativo, habiendo tenido en cuenta el Ayuntamiento la cifra de población oficial de

acuerdo con los datos del padrón municipal publicado y vigente hasta el 29 de diciembre de 2017; tercero, no se restringe la competencia, ya que el ejercicio de la actividad turística en viviendas sitas en edificios residenciales plurifamiliares se califica como extraordinaria en la Ley balear de Turismo; cuarto, la delimitación aprobada resulta ajustada a los problemas en materia de vivienda en la ciudad de Palma, con un creciente incremento del precio de la vivienda, con repercusiones en la calidad de vida de los ciudadanos y en el desarrollo sostenible, incardinándose en los supuestos de razones imperiosas de interés general que permiten modular el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de acuerdo con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, así como debiendo tener en cuenta que las políticas urbanísticas deben cumplir los principios previstos en el artículo 3.3 a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo del año 2015 y el artículo 2 de la Ley de Urbanismo de les Illes Balears, habiéndose constatado en la memoria ambiental la repercusión del alquiler vacacional en los consumos de agua, energía eléctrica, generación de residuos y contaminación acústica, así como los problemas de convivencia que se generan; quinto, no se produce vulneración de los principios de buena regulación, ni de los derechos a la igualdad, propiedad privada ni libertad de empresa.

SEGUNDO. La Ley balear 6/2017, de 31 de julio, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, modificó la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears (LTIB) y, entre otras cuestiones, introdujo en el citado Cuerpo Legal una regulación referente a la posible comercialización de estancias turísticas en *“las viviendas residenciales sometidas al régimen de propiedad horizontal –o edificios plurifamiliares, más allá de los conocidos como edificios pareados sobre parcela común, que ya estaban permitidos”*, como señala su Exposición de Motivos, añadiendo que esta regulación *“no puede obviar las diversas problemáticas que la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial puede comportar, por lo cual se establecen unos límites y unas formalidades legales relacionados básicamente con la salvaguarda del derecho al domicilio libre de inmisiones, el urbanismo, la ordenación del territorio y el medio ambiente adecuado”*, destacando que *“.....tomando en consideración el gran número de nuevas altas de viviendas comercializadas turísticamente que se ha dado en los últimos años, y en previsión de incorporar en esta ley la comercialización turística en viviendas sometidas al régimen de*

propiedad horizontal, se hace imprescindible un control de esta actividad desde los puntos de vista urbanístico, territorial, medioambiental y tributario. Debe prestarse especial atención a las repercusiones que esta puede suponer sobre la configuración de los barrios o las zonas donde se concentre la oferta y en la convivencia pacífica en estos; además de la existencia de infraestructuras adecuadas, y, a escala general, en el hecho de evitar una subida de los precios del arrendamiento o de la vivienda, así como en la falta de oferta de ésta para la población residente”.

Para llevar a cabo el “control de carácter territorial y urbanístico” referente a las estancias turísticas en viviendas residenciales en general, y en edificios plurifamiliares en particular, la Ley 6/2017 incluye mecanismos como el establecimiento de un límite máximo de plazas turísticas, exigencia de un certificado energético concreto, antigüedad en el uso residencial, el consentimiento de esta comercialización formalizado en los estatutos o por acuerdos adoptados en las comunidades de propietarios sometidas al régimen de propiedad horizontal, así como, en cuanto aquí atañe, impone a las Administraciones Públicas competentes, esencialmente a los Consells Insulars, para que lleven a cabo una delimitación de zonas aptas para poder desarrollar su comercialización turística, a través de los instrumentos de ordenación recogidos en la nueva redacción del artículo 5.3 LTIB, mediante los planes territoriales insulares (PTI) y, en su caso, en los planes de intervención en ámbitos turísticos (PIAT), a cuyas determinaciones deberá ajustarse el planeamiento municipal. Este precepto dispone que:

“Asimismo, los PIAT y, si procede, los PTI, tienen que analizar, con respecto a cada una de las zonas, la incidencia de las figuras previstas en el artículo 37 y en el capítulo IV del título III de la presente ley. Estos instrumentos de ordenación territorial tienen que establecer los criterios para la delimitación de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial. Sobre la base de estos criterios, los ayuntamientos tienen que implantar las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas residenciales incorporando la delimitación al planeamiento urbanístico respectivo mediante la correspondiente documentación cartográfica. Esta delimitación cartográfica no será considerada una modificación estructural del planeamiento.

Los PIAT y, si procede, los PTI pueden determinar también el límite máximo por isla de plazas turísticas en alojamientos turísticos y el límite máximo de plazas en viviendas

residenciales susceptibles de ser comercializadas turísticamente, en función de los recursos insulares existentes, las infraestructuras, las densidades de población y otros parámetros relevantes de su ámbito. En este supuesto, las bolsas de plazas se tienen que adaptar a esta cifra.”

En la modificación operada en el artículo 75.3 LTIB se contempla una “delimitación provisional” de estas zonas aptas y no aptas para poder llevar a cabo la comercialización turística, a los efectos de que rijan en tanto se aprueban los citados instrumentos de ordenación por los Consells Insulars (PTI, PIAT). Esta zonificación cautelar se encomienda a las entidades insulares y también al Ayuntamiento de Palma, teniendo en cuenta sus peculiaridades derivadas de su condición de capital y volumen poblacional, debiendo acometerse en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la Ley balear 6/2017 (según su disposición transitoria quinta), estableciendo el precepto que:

“3. Mientras los consejos insulares no desarrollen mediante los PIAT o, si procede, los PTI, la previsión del artículo 5.3 de esta ley, con relación a la delimitación de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, los entes insulares podrán declarar y delimitar provisionalmente mediante acuerdo del pleno las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, que pueden diferenciar por tipologías edificatorias. Este acuerdo se tiene que publicar en el Butlletí Oficial de les Illes Balears y regirá hasta que los ayuntamientos establezcan la delimitación respectiva en el planeamiento urbanístico municipal.

Este procedimiento se tiene que someter a las siguientes determinaciones:

- a) Previamente a la declaración, hay que someter la propuesta redactada por el consejo a trámite de información pública por un plazo no inferior a treinta días hábiles a fin de que se puedan hacer alegaciones.*
- b) Se tiene que solicitar el informe a los ayuntamientos, que lo tienen que emitir en el plazo máximo de un mes, en el cual pueden proponer alternativas razonadas. Asimismo, pueden manifestar la no admisión de comercialización de estancias turísticas en viviendas en todo o en parte de su término municipal, sea con respecto a todas las tipologías edificatorias o a algunas, aspecto que tiene que ser vinculante. En caso de que algún ayuntamiento no emita el informe en el plazo mencionado, el consejo insular puede tomar las determinaciones*

urbanísticas que considere respecto de la comercialización turística de viviendas en el municipio y, si procede, respecto de la zonificación.

Los consejos insulares se pueden separar de los criterios contenidos en los informes por causas justificadas relativas al control de legalidad y a la ordenación urbanística y territorial de cariz supramunicipal o insular, en la cual se incluyen aspectos relativos a infraestructuras, a equipamientos, a servicios y, en general, a actividades de explotación de recursos en el ámbito de la ordenación turística insular.

c) También se tiene que elaborar, en caso de que se prevean efectos significativos sobre el medio ambiente, una memoria-análisis de los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente, que se tiene que incorporar al trámite de información pública y de consulta a las administraciones públicas previsto en los apartados a) y b) anteriores, y solicitar una declaración ambiental estratégica a la Comisión Balear de Medio Ambiente, antes de la aprobación definitiva, que se tramitará de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears.

La propuesta de declaración y los informes citados en los apartados anteriores podrán pronunciarse también sobre la admisión o no de la modalidad de alquiler de la vivienda principal en las zonas delimitadas

Con respecto al municipio de Palma, la delimitación de las zonas aptas a que se refiere este punto tiene que llevarla a cabo el pleno del ayuntamiento, con los mismos requerimientos procedimentales mencionados antes: propuesta del ayuntamiento, con la solicitud del informe al Consejo Insular de Mallorca, que lo tiene que emitir en el plazo máximo de un mes y al que se puede oponer por las mismas causas expuestas en el segundo párrafo de la letra b) anterior. En el caso de no emitir el informe, se tiene que considerar aceptada la propuesta del ayuntamiento.”

TERCERO. Partiendo del acervo normativo expuesto, el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma aquí impugnado es el que, en aplicación del artículo 75.3 LTIB, ante la ausencia de aprobación de los instrumentos de ordenación previstos en el artículo 5.3 LTIB (PIAT o los PTI), procede a la delimitación provisional de las zonas aptas y no aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial (ETH) para el municipio de Palma. Este instrumento municipal y provisional de ordenación “territorial y

urbanística” incluye las siguientes determinaciones, como resulta del tenor literal del mismo, extraído del texto remitido a la Comisión de Medio Ambiente de les Illes Balears:

1.- Se considera el municipio de Palma como una “Zona Única” a los efectos de comercialización de les ETH.

2.- La comercialización de ETH sólo podrán realizarse en viviendas unifamiliares, debidamente acreditadas a través del correspondiente certificado del Registro de la Propiedad que corresponda y que reúnan todos los requisitos establecidos por la Ley de Turismo, por la legislación ambiental, normas urbanísticas y territoriales, y por la normativa la sobre vivienda y accesibilidad, y en concreto las condiciones y determinaciones incorporadas por PIAT o PTL.

Por ello, se propone una única zona donde se permitan todos los tipos de comercialización de ETH solo en viviendas unifamiliares porque son las tipologías arquitectónicas más adecuadas para evitar el problema de la convivencia, con respecto a la función social de la vivienda y menor impacto en cuestiones medioambientales.

A los efectos de esta zonificación, se define como una vivienda unifamiliar:

- La que se encuentra en un edificio con una sola vivienda.
- Viviendas unifamiliares aisladas sin compartir parcela.
- Viviendas unifamiliares entre medianeras únicas en la parcela.
- Viviendas unifamiliares pareadas siempre que no compartan parcela.
- Viviendas correspondientes a un bloque en el cual hay una sola vivienda y uno o varios locales destinados a otros usos con entradas independientes (ejemplo edificio donde los bajos son local comercial y la planta superior vivienda).

3.- Esta “Zona Única” de comercialización de ETH tiene los ámbitos condicionados y excluidos siguientes:

Ámbitos condicionados

- El ámbito de la zona de la playa de Palma declarada como zona turística madura, saturada y recogida en su Plan de Reconversión Integral (PRI), la comercialización de ETH se limitará a la modalidad de vivienda principal unifamiliar por 60 días al año (ETH60 UNI).

- En el ámbito de la “curva isófona” generada por la actividad aeroportuaria, se condiciona la posibilidad de comercialización de ETH a la compatibilización de las actividades existentes o futuras del territorio con las propias de las infraestructuras que generen esta zona de servidumbre teniendo en cuenta los objetivos de calidad acústica correspondiente a las zonas afectadas.

En esta zona de servidumbre acústica aeronáutica las viviendas que comercialicen ETH habrán de adecuar acústicamente para poder soportar una intrusión de ruido exterior superior a la establecida en la zonificación acústica de Palma, de tal manera que dentro de la vivienda se cumplan los valores límite de ruido de la normativa. Asimismo, se podrán acoger las medidas correctoras para la separación de objetivos de calidad acústica que se incluyen en el Plan de accidentes del aeropuerto.

Como el PRI de Playa de Palma está afectado en parte por las curvas isófonas, en cuanto a la comercialización de ETH además se estará a lo previsto en el art. 56 del PRI en lo referente a servidumbres acústicas.

Ámbitos excluidos

- Comercialización de ETH en SRP de acuerdo con el marco legal de referencia, la ordenación territorial y el PGOU de Palma.

- Las parcelas de uso urbanístico diferente del residencial i turístico, referentes al uso principal de cada calificación urbanística.

4.- Esta delimitación provisional estará en vigor hasta que no se vea alterada o se determine de manera definitiva mediante la adaptación del planeamiento urbanístico a los criterios que establezca el Consell Insular con el PIAT o el PTI.

Con independencia de los motivos “formales” en los que se sustenta la demanda, el recurso contencioso combate desde diversos flancos jurídicos la prohibición implantada por el Ayuntamiento de Palma de comercializar turísticamente viviendas de uso residencial en edificios plurifamiliares.

A continuación, examinaremos por separado los argumentos impugnatorios contenidos en la demanda.

CUARTO. La entidad recurrente esgrime que delimitación provisional ha sido elaborada por un órgano que carece de competencia para dictar una norma territorial cautelar, al corresponder la atribución al Consell Insular de Mallorca, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Turismo, artículo 1 de la Ley balear 14/2000, de 21 de diciembre, artículo 1 de la Ley balear 2/2001, de 7 de marzo, con cita de las Sentencias de esta Sala nº 663/2003, de 2 de septiembre, nº 357/2017, de 25 de julio, nº 985/2002, de 3 de diciembre.

Este motivo no puede ser aceptado. El acuerdo impugnado se subsume en el artículo 75.3 LTIB, y precisamente en cumplimiento de sus previsiones, el Pleno del Ayuntamiento de Palma ha aprobado una zonificación provisional destinada a la ordenación territorial y urbanística del término municipal relativa a las posibilidades de comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, tal y como preceptúa el antepenúltimo párrafo del artículo 75.3 LTIB:

“Con respecto al municipio de Palma, la delimitación de las zonas aptas a que se refiere este punto tiene que llevarla a cabo el pleno del ayuntamiento, con los mismos requerimientos procedimentales mencionados antes: propuesta del ayuntamiento, con la solicitud del informe al Consejo Insular de Mallorca, que lo tiene que emitir en el plazo máximo de un mes y al que se puede oponer por las mismas causas expuestas en el segundo párrafo de la letra b) anterior. En el caso de no emitir el informe, se tiene que considerar aceptada la propuesta del ayuntamiento”.

La Corporación Municipal se ha ajustado a las reglas competenciales y procedimentales recogidas en una norma legal posterior a las leyes citadas como vulneradas, que se coordina con las mismas, constituyendo además una regulación especial y específica de la gestión del control administrativo -territorial, urbanístico, ambiental- sobre una tipología determinada de actividad económica destinada al turismo, la desarrollada en viviendas de uso residencial.

El recurso contencioso debe desestimarse en este punto.

QUINTO. La entidad actora alega que en la elaboración del acuerdo de delimitación provisional de las zonas EHT se ha incurrido en una evidente infracción del procedimiento legalmente previsto, al no cumplirse el número mínimo de suscriptores de la proposición popular de acuerdo con el artículo 122bis de la Ley balear 20/2006, de 15 de diciembre, determinado la nulidad de pleno derecho de la misma, en virtud del artículo 47.1 b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

- En el Fundamento anterior hemos razonado que el Consistorio Palmesano ha aprobado la delimitación provisional de las zonas ETH, en cumplimiento del mandato concretamente dirigido a esta Administración Local de acuerdo con el artículo 75.3 LITB.

- Consta la presentación por la “Federación de Asociaciones de Vecinos de Palma” de una propuesta de iniciativa popular en fecha 14 de julio de 2017, anteriormente a la entrada en vigor de la Ley balear 6/2017, la cual se produjo el 1 de agosto de 2017 (disposición final tercera, BOIB nº 93 EXT, de 31 de julio de 2017).

- La Federación proponente presentó un total de 6.076 firmas, habiéndose comprobado por la Secretaría del Pleno y considerando acreditadas un total de 5.469, como consta en el CD 1 del Expediente Administrativo.

- En la fecha de presentación de la iniciativa popular, las cifras poblacionales oficiales resultaban de la última revisión del padrón municipal de habitantes, realizada el 1 de enero de 2016, que arrojaba 402.949 habitantes, según el Real Decreto 636/2016, de 2 de diciembre (BOE nº 304, 17 de diciembre de 2016), vigentes hasta el 29 de diciembre de 2017 (Real Decreto 1309/2017, de 15 de diciembre).

- El artículo 122bis de la Ley balear 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local (LMRL), en la redacción vigente en el momento de registrar la propuesta vecinal, disponía que:

“1. Los vecinos con derecho a sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular con el objeto de presentar propuestas de acuerdo o actuaciones y de reglamento en materias de la competencia municipal.

2. Dichas iniciativas tendrán que ser suscritas, como mínimo, por el siguiente número de vecinos del municipio:

a) El 10% de los habitantes en municipios de menos de 5.000 habitantes.

b) 500 habitantes más el 2% de los habitantes que excedan de los 5.000, en poblaciones de 5.000 a 100.000 habitantes.

c) 2.400 habitantes más el 1% de los habitantes que excedan de los 100.000, en poblaciones de más de 100.000 habitantes.

Estas iniciativas se someterán a debate y votación en el Pleno, sin perjuicio de que sean resueltas por el órgano competente por razón de la materia. De acuerdo con la normativa básica estatal, se requerirá el informe previo de legalidad del secretario o la secretaria del ayuntamiento, así como el informe del interventor o la interventora cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico del ayuntamiento.

3. El alcalde o la alcaldesa deberá incluir las iniciativas debidamente presentadas en el orden del día del primer pleno ordinario que celebre el ayuntamiento, siempre que se hayan presentado como mínimo 10 días naturales antes de la celebración del mismo. El Pleno deberá debatir y votar la iniciativa, sin perjuicio de que el acuerdo efectivo tenga que adoptarlo el órgano competente de acuerdo con el procedimiento establecido”.

- El acuerdo municipal impugnado, con independencia de la presentación de la iniciativa vecinal, la cual fue tramitada de acuerdo con el precepto arriba transpuesto, fue adoptado por la exigencia legalmente plasmada en la LTIB.

- No se aprecia que el procedimiento seguido omitiese “total y absolutamente” los trámites previstos legalmente en materia de iniciativas populares, sino que los alegatos formulados por la entidad actora relativos a las fuentes de las cifras poblacionales a tener en cuenta se incardinan en discrepancias con la consideración de los datos oficiales publicados, sin que constituyan en ningún caso una demostración de un “falseamiento” de firmas o de incumplimiento de las reglas señaladas en el artículo 122bis.

La demanda también debe desestimarse en cuanto a este extremo.

SEXTO. Esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la adecuación a derecho de sendos acuerdos de delimitación provisional de zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial aprobados, primero, por el Pleno del Consell Insular de Menorca el 16 de julio de 2018 (Sentencia nº 144/2020, de 28 de abril de 2020, PO nº 453/2018); segundo, por el Pleno del Consell Insular de Mallorca el 27 de julio de 2018 (Sentencia nº 270/2021, de 28 de abril, PO nº 520/2018), en cumplimiento del mismo mandato recogido en el artículo 75.3 de la Ley de Turismo.

En la más reciente de estas dos Sentencias, en el fundamento Segundo se expone la más reciente doctrina jurisprudencial en materia de los mecanismos administrativos de control de la actividad turística y su encaje con el principio comunitario de libertad de acceso a los

servicios y su ejercicio, compatibilidad que requiere el análisis de las circunstancias concurrentes, en especial las que afectan al urbanismo, al medio ambiente, al acceso a la vivienda y las condiciones de convivencia en los entornos urbanos. Como resulta de la Sentencia nº 270/2021:

“SEGUNDO. Marco normativo y jurisprudencial acerca de la ordenación de las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas residenciales.

Ya se ha relatado en el Fundamento Jurídico anterior que la Ley balear 6/2017, de 31 de julio, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, impone a las administraciones responsables de la ordenación territorial (Consejos Insulares) y urbanística (Ayuntamientos) una ordenación de la comercialización de ETV, a partir de una zonificación del territorio insular.

En consecuencia, con independencia de la concreta ordenación aprobada, no pueden admitirse aquellos motivos de impugnación del acuerdo que en realidad respondan a motivos de discrepancia con la Ley. Ley respecto a la cual la parte demandante no cuestiona su conformidad con la Constitución o con las Directivas europeas. No se interesa en la demanda planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad o de disconformidad con las Directivas.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los motivos de impugnación de la demanda, por lo que interesa reseñar previamente tales pronunciamientos que facilitarán la resolución del presente contencioso.

A) La STJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran Sala, asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18; ECLI:EU:C:2020:743) precisa que “Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.”

En consecuencia, con ello debe salirse al paso de los argumentos de las Administraciones codemandadas que señalan que el acuerdo impugnado constituiría disposición dictada en materia de ordenación del territorio y el urbanismo, de modo que quedase sustraída del ámbito de tal Directiva. No se aprecia que la disposición proceda, exclusivamente, a una ordenación por motivos urbanísticos sin incidencia en la actividad del servicio. Por tanto, la Directiva de Servicios le es de aplicación.

El TJUE interpreta, que una actividad como la analizada sí está comprendida dentro del concepto de “servicio” del art. 4 de la Directiva 2006/126/CE y por ello “la normativa que regula el acceso a determinadas formas específicas de actividades de arrendamiento de inmuebles y el ejercicio de esas actividades, no constituye una normativa aplicable indistintamente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y, por tanto, no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123” (44).

Y la respuesta respecto a si la concreta regulación restrictiva fundamentada en la ordenación urbanística respeta o no los principios de la Directiva, debe responderse individualmente sobre la base de la valoración de su debida justificación desde el punto de vista de su necesidad y proporcionalidad. Concretamente en su párrafo 77 señala que los criterios limitativos “deben, en particular, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a ese objetivo de interés general, claros, inequívocos y objetivos, ser hechos públicos con antelación y, por último, ser transparentes y accesibles”.

Y para el caso examinado en la indicada STJUE aprecia que “un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos resulta particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido” (párrafo 62).

B) La STS 75/2021, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2021:210) resuelve la cuestión relativa a “en qué medida los instrumentos de planeamiento urbanístico pueden regular las condiciones de acceso y ejercicio de una actividad e, incluso, limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de actividades previamente legalizadas, referidas concretamente a las viviendas de uso turístico, y la incidencia de esa regulación en el ámbito de la libre prestación de servicios”.

Dicha sentencia, con remisión a lo resuelto en la anterior STS de 19 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2020:3842) y en la citada STJUE de 22 de septiembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:743) precisa que debe ponderarse el equilibrio entre i) las exigencias de la libertad de mercado y liberalización de servicios derivados de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior y ii) la necesidad de establecer una ordenación territorial y urbanística que garantice la protección del medio ambiente y el entorno urbano, evitando los efectos negativos que singularmente pueda tener, en ámbitos concretos, la comercialización de estancias turísticas en viviendas.

Las dos sentencias del TS aquí mencionadas, se refieren a acuerdos municipales de ordenación de tales viviendas en ciudades (Barcelona y Bilbao). Pero, como veremos, sus criterios son trasladables a la ordenación insular.

El TS precisa que, en los casos examinados, las medidas que permitían el control territorial de la implantación de nuevas viviendas turísticas –mediante diversos parámetros de densidad máxima, efectuando una distribución por zonas o barrios en la que se tienen en cuenta factores tales como la presión turística en las diversas zonas o la tipología arquitectónica de los edificios– eran objetivas y plenamente razonables y, por ello, no discriminatorias.

En consecuencia, la resolución del presente contencioso pasa por el examen de la motivación de los intereses generales que justifican una restricción, en determinadas zonas de la isla de Mallorca, a la comercialización de estancias turísticas vacacionales (ETV) ”.

SÉPTIMO. La delimitación provisional aquí aprobada establece la ordenación temporal de las ETH en el municipio de Palma, considerado el término municipal como una zona única, sin realizar diferenciaciones entre ámbitos territoriales más acotados, dependiendo de sus especiales características, como pudiese suceder con los barrios a los que alude la propia Exposición de Motivos de la Ley balear 6/2017, así como también las Sentencias del Tribunal Supremo nº 75/2021, de 26 de enero (relativa a la previsión de las ETH en el planeamiento de la Ciudad de Barcelona) y nº 1550/2020, de 19 de noviembre (examinando cuestiones análogas en cuanto al planeamiento de Bilbao).

En esta delimitación se recoge un régimen general, en el cual se permite la comercialización de ETH en viviendas unifamiliares, excluyendo siempre y en todo caso su ejercicio en viviendas plurifamiliares, junto con unos ámbitos condicionados y de exclusión.

- Condicionados, en los cuales o bien se permite esta comercialización en viviendas unifamiliares con una serie de límites temporales (durante 60 días al año en la zona de Playa de Palma, saturada y sometida a actuaciones de reconversión integral) o de condicionantes acústicos y de respeto a las servidumbres aeroportuarias (zona de la “curva isófona” del Aeropuerto de Palma).

Resulta incontrovertido que estas limitaciones son proporcionadas y razonables a la especial ordenación urbanística de estos sectores, unido a motivos medioambientales y de salud pública.

- Exclusión del Suelo Rústico Protegido (SRP) y de terrenos con un uso urbanístico asignado diferente al residencial o turístico, tratándose de prohibiciones que se recogen en el artículo 50.18 LTIB en cuanto al SRP, o que corresponden a la ordenación urbanística de usos distintos a la residencia u hospedaje de personas.

Tal y como denuncia la Asociación recurrente, en la delimitación provisional aprobada por el Consistorio Palmesano se incluye una interdicción total y absoluta de la comercialización de viviendas en edificios plurifamiliares, equiparados por la Ley balear 6/2017 a los sometidos al régimen de propiedad horizontal, y esta prohibición es la que combate la entidad actora, al sostener, en esencia, que vulnera la libre competencia, que conculca la libertad de prestación de servicios y que discrimina a los propietarios de este tipo de viviendas, impidiendo su explotación turística de una forma radical, sin que el Ayuntamiento haya justificado las razones imperiosas de interés general sobre las que se sustenta, ya que los datos que constan en la Memoria Ambiental, referente a niveles de consumo energético y de agua, de generación de residuos, de conflictividad vecinal y de emisión de ruidos, conciernen a la actividad turística en general, incluyendo a los establecimientos hoteleros y al “alquiler vacacional” en viviendas unifamiliares, sin que puedan atribuirse estos parámetros y efectos nocivos a las ETH en edificios plurifamiliares.

La comercialización turística de inmuebles distintos de los establecimientos abiertos al público destinados en exclusiva a este sector de la actividad económica, notoriamente guarda relación con la ordenación urbanística, ambiental, regulación de la convivencia ciudadana y la gestión pública de las posibilidades de acceso a la vivienda, sea en propiedad o de alquiler, por los ciudadanos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en aplicación de su doctrina, el Tribunal Supremo, han determinado que se pueden establecer limitaciones al libre ejercicio de la comercialización turística, ya que esta actividad económica debe coexistir con circunstancias calificadas de “interés general”, como se trata de las condiciones de los entornos urbanos, el medio ambiente y las oportunidades de las personas a disponer de una vivienda digna y adecuada.

Estas altas instancias judiciales concluyen que la explotación turística de inmuebles puede ser objeto de actuaciones preventivas y de control por parte de los entes públicos a fin de salvaguardar bienes básicos de los ciudadanos, tratándose de circunstancias de interés general incluidas en el artículo 2.1 de la Directiva 2006/123/CE, pero estas modulaciones deben en todo caso estar amparadas en estos fines que exceden de la esfera individual, los cuales, por su trascendencia, habilitan la restricción de la regla de la libertad.

A partir de los datos que constan en el Expediente -especialmente la Memoria Ambiental- y los argumentos ofrecidos por el Ayuntamiento de Palma, se desprende que la prohibición de comercialización de ETH en edificios plurifamiliares tienden a un fin protector y garantista del civismo, del medio ambiente y de permitir acceder a la vivienda, pero esta finalidad loable debe resultar proporcionada y necesaria, esto es, se debe justificar que la restricción a la libertad se efectúe del modo ajustado para obtener el resultado pretendido y que no puede conseguirse la finalidad pretendida a través de mecanismos menos constringentes.

Como se desprende de los planos adjuntados como Anexos al acuerdo recurrido, especialmente el A-04 y el folio 96 del archivo 3, resulta difícilmente rebatible la existencia preponderante de edificios residenciales plurifamiliares en el término municipal, frente a los residenciales unifamiliares. Esta tipología edificatoria permite la morada separada de diferentes núcleos de personas, pero a la vez implica una ineludible situación de convivencia derivada de la existencia de elementos comunes, sean estructurales (como las zonas del inmueble que se comparten) o ambientales (tales como las inmisiones y emisiones de todo tipo).

La decisión adoptada por el Ayuntamiento descansa en unos estudios acerca de los efectos que la actividad turística, en general, produce en el medioambiente, territorio, recursos energéticos, hídricos, infraestructuras y carreteras (archivos 2 y 3). En los documentos cartográficos obrantes a estos documentos se visualizan distinciones en las situaciones

demográficas, de tipología de las viviendas y de los alojamientos turísticos, pero sin embargo estos diferentes datos gráficos no han resultado trasladados a la hora de delimitar el territorio municipal a los efectos de su ordenación turística, en especial en cuanto a la posibilidad de permitir, modular o incluso prohibir las ETH en edificios plurifamiliares.

El Ayuntamiento aprueba una vía de control tajante en cuanto a la posibilidad de explotación turística de viviendas sitas en inmuebles plurifamiliares, simplemente las prohíbe, habilitando la posibilidad de comercialización en las viviendas unifamiliares, cuando el dibujo de la Ciudad de Palma demuestra que la gran mayoría de edificaciones residenciales pertenecen a la primera clasificación, y sin emplear otros mecanismos reguladores menos tajantes, no por ello carentes de efectos preventivos y dirigidos a los fines de interés general que el Consistorio trata de alcanzar a través de la ordenación provisional que estamos examinando, instrumentos de gestión territorial y de la convivencia que la propia LTIB contempla, en su artículo 50, tales como los requisitos de eficiencia energética, antigüedad en el uso residencial, aprobación del uso turístico por la Junta de Propietarios, entre otras condiciones que puedan establecer los diferentes instrumentos de ordenación territorial y urbanística, particularmente, la modalidad de comercialización por plazo máximo de 60 días en un período anual, contemplada en el artículo 50.20 LTIB, la cual desactiva buena parte de los motivos invocados por el Ayuntamiento para justificar la prohibición absoluta de alquiler turístico. Las finalidades públicas perseguidas pueden obtenerse a través de medios menos radicales, algunos de ellos ya positivizados. La prohibición, lógicamente, constituye la última de las soluciones posibles a los efectos nocivos que la Administración demandada trata de evitar y atajar.

El libre ejercicio de la actividad turística debe conjugarse con los intereses generales, y en esta interconexión pueden adoptarse decisiones administrativas que deben ser proporcionales, idóneas y necesarias para la colectividad.

La prohibición absoluta de la comercialización de ETH en edificios plurifamiliares no aparece como ponderada con las finalidades alegadas por el Ayuntamiento, el cual, bajo el escudo de la normativa comunitaria, estatal y autonómica, ostenta competencias en materia de protección del medioambiente, la convivencia, la ordenación de su territorio y el diseño del mismo, y en ejercicio de estas atribuciones puede hacer uso de sus potestades, entre ellas, la reglamentaria destinada a regular un marco de gestión de las actividades económicas que repercuten en tales ámbitos de interés general.

Por consiguiente, el recurso debe estimarse en este punto, al apreciar esta Sala que la previsión contenida en la actuación administrativa impugnada infringe las normas que sobre la libertad de servicios se recogen en la Directiva 2006/123/CE, la Ley 17/2009 y la Ley 20/2013 (interpretadas según las Sentencias del TJUE y del TS antes citadas), al incluir una medida desproporcionada e innecesaria, como es la prohibición absoluta de destinar al turismo las viviendas sitas en edificios plurifamiliares, conllevando esta desproporción e innecesaria una vulneración de estos principios incluidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, procediendo anular el acuerdo impugnado.

OCTAVO. Sin embargo, este Tribunal no considera que la delimitación provisional atienda en exclusiva a una finalidad económica, como postula la entidad actora, sin que se aprecie indicio alguno de que en realidad el Consistorio ha querido beneficiar a la industria hotelera mediante la prohibición del alquiler vacacional en edificios plurifamiliares, por fundamentarse en singulares circunstancias de protección del medio ambiente y del entorno urbano.

Cualquier intervención en el mercado de comercialización de estancias turísticas tiene efectos económicos, pero, por lo expuesto anteriormente, no es la planificación económica la que motiva la regulación, sino la ordenación territorial de la oferta según las condiciones urbanísticas, demográficas y medioambientales de cada una de las zonas.

NOVENO. Por último, respecto a la supuesta vulneración del principio de igualdad y del derecho a la propiedad privada, debe rechazarse, tal y como determinamos en la Sentencia nº 270/2021:

“La zonificación no vulnera el derecho a la propiedad privada, pues no se discute el derecho al uso de las viviendas para el fin residencial de su propietario, que es el propio de las mismas. El uso como arrendamiento turístico puede comportar implantación de actividades que suponen un aumento de población flotante en detrimento de la residente, además de una posible distorsión en los precios del alquiler ordinario, alterando así el equilibrio de las ciudades. Por ello, la administración, a quien incumbe la ordenación territorial y urbanística, puede imponer restricciones a dichos usos turísticos por razones de convivencia, demografía, densidad, medio ambiente, escasez de recursos naturales, movilidad, entre otros. Restricciones que pueden no ser aplicables al arrendamiento de larga duración ya implantado (LAU) que, por su tradicional y homogénea convivencia, no causa los desequilibrios indicados.”

La delimitación provisional impugnada no vulnera el principio de igualdad ante la Ley pues sin con ello se está afirmando que la ordenación limita las ETV en beneficio de la comercialización turística tradicional, ya se ha explicado que la LTIB establece techos de crecimiento de plazas turísticas que se aplican a todos los modelos de comercialización. Ello unido a un sistema de bolsas de plazas disponible gestionadas por los organismos gestores de plazas turísticas o las administraciones turísticas insulares, con las especificaciones previstas la LTIB. Los PIAT y, si procede, los PTI pueden determinar la existencia de dos bolsas de plazas: una relativa a alojamientos turísticos y la otra relativa a estancias turísticas en viviendas residenciales. Desde este momento las bolsas existentes se tienen que distribuir en el sentido indicado. Pero entretanto, solamente existirá una bolsa de plazas común tanto para los alojamientos turísticos como para las estancias turísticas en viviendas residenciales”.

En consecuencia, el recurso contencioso administrativo debe estimarse, debido a que el acuerdo recurrido vulnera los principios de proporcionalidad y necesidad ínsitos a las “*imperiosas razones de interés general*” que permiten modular la libre prestación de los servicios turísticos, en cuanto prohíbe la comercialización de ETH en edificios plurifamiliares, anulando esta previsión, de acuerdo con el artículo 47.2 de la Ley 39/2015.

DÉCIMO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas a la Administración demandada, al haber desestimado sus pretensiones. No obstante, de conformidad con el art. 139-5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será con el límite de 2.000 euros por todos los conceptos.

F A L L A M O S

1º) ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo, al no ser conforme a Derecho el Acuerdo impugnado, anulándolo en el sentido expresado en el Fundamento Noveno.

2º) Se imponen las costas procesales a la Administración demandada, con el límite de 2.000 euros.



Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

En la preparación del recurso de casación ante el TS téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE nº 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.