

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 31 de octubre de 2017, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas de viviendas

(Boletín Oficial del Estado, núm. 223, de 15 de septiembre de 2017)

ANTECEDENTES

I. Mediante escrito con registro de entrada del 26 de octubre de 2017, al que se asignó el núm. de referencia (...), don (...) solicita la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas (BOIB Núm. 93, de 31 de julio; BOE núm. 223, de 15 de septiembre), en el ejercicio de la legitimación activa que confieren al Defensor del Pueblo los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

II. La petición se dirige contra la entera Ley 6/2017, por cuanto el solicitante no se refiere específicamente a ninguna modificación en concreto de las operadas sobre la Ley 8/2012, del turismo de las Illes Balears. El artículo Único de la Ley 6/2017 modifica la redacción de varios preceptos de la disposición de 2012 en veintinueve apartados.

La solicitud sostiene que esta modificación no ha tenido en cuenta en absoluto las recomendaciones de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, ni la opinión que el Defensor del Pueblo ya manifestó en relación al asunto, ni la jurisprudencia sentada respecto de normas similares en Canarias, Madrid y el País Vasco. Tampoco habría tenido en cuenta el legislador autonómico las advertencias hechas por el Gobierno de España respecto de la posible inconstitucionalidad de la disposición balear; ni la Directiva de Servicios 2006/123/CE; ni la Constitución (CE). Todo ello, según el solicitante, habría sido directamente obviado en la Ley 6/2017.

Para sostener su pretensión, el solicitante adjunta a su petición unas notas. Desde su punto de vista, la ley aprobada es discriminatoria y vulnera de forma directa los artículos 10, 33 y 38 CE, que establecen respectivamente el principio de dignidad de las personas, el derecho de propiedad y la libertad de empresa. La petición vendría por tanto a evitar tantos perjuicios e inseguridades que la Ley 6/2017 estaría generando entre la población balear.

III. Las *Consideraciones sobre los alquileres turísticos en viviendas plurifamiliares*, adjuntas a la petición, se refieren a las opiniones y comentarios casi unánimes sobre los

efectos perniciosos que, a modo de ver de quienes los emiten, causa a nuestra sociedad el alquiler de viviendas, en pisos o apartamentos, a personas que pasan como turistas unos días o semanas en nuestro país. Se refiere a la tendencia generalizada a achacar a este tipo de uso casi todos los males de nuestra sociedad: falta de viviendas y alquileres, con precios muy altos; problemas de convivencia, no tributación por los ingresos, competencia desleal con los establecimientos hoteleros, dificultades para encontrar trabajadores cualificados, falta de vivienda para funcionarios que sean destinados a las islas, etcétera.

Estos argumentos, dice, no tienen más fundamento que haberlos oído o leído repetidamente, y ante ellos se levanta toda una batería de normas que no sólo dan cobertura legal a este destino de las viviendas; sino que, además, proscriben cualquier limitación que no sea la que esta normativa establece. Cita a continuación los preceptos de la Constitución mencionados, como a su parecer acertadamente hizo el Defensor del Pueblo en la resolución que recomendó, en los supuestos de inmuebles donde convivan en el mismo bloque el uso residencial y el turístico, que se permita a los particulares ofertar directamente sus viviendas en alquiler turístico sin exigir el requisito de unidad de explotación [se refiere a la Recomendación de 7 de abril de 2015 dirigida a la Consejería de Turismo y Deportes, del Gobierno de las Illes Balears, y que fue rechazada]. Cita también la Directiva 2006/123/CE (*Directiva de Servicios o Directiva Bolkenstein*) y su transposición a nuestro ordenamiento por la Ley 17/2013, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, que determina la obligación de que todas las Administraciones revisen sus procedimientos de autorización y eliminen los requisitos que obstaculicen o dificulten el libre acceso a las actividades de servicio, y que regula como excepcionales los supuestos en que pueden imponerse restricciones al ejercicio de estas actividades. Así lo hizo el Gobierno Vasco en el Decreto 198/2013, de 16 de abril, de apartamentos turísticos.

Invoca además la intervención de una representante de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, el pasado 23 de septiembre en el II Congreso de Viviendas Turísticas Vacacionales de Ibiza y Formentera, sobre la situación y ventajas que ofrece la economía colaborativa, cuando aclaró que la Administración solo debería intervenir en la regulación económica bajo la luz de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión. En suma, si una norma introduce restricciones a la competencia, deben ser justificadas, deben crear una mejora sustancial en términos de bienestar social y deben ocasionar la mínima afectación negativa a la competencia.

A continuación se relacionan los efectos que se achacan al alquiler turístico de viviendas: aumento del precio de la vivienda (con falta de un parque público de vivienda, búsqueda de rentabilidad, presencia de inversores y arrendatarios extranjeros, aumento

de la actividad económica de las islas, dificultad para acceder al crédito bancario de trabajadores con salarios bajos); problemas de convivencia; y falta de tributación de los apartamentos alquilados a turistas.

A continuación se refiere a la situación al respecto en Cataluña, donde se está regulando el *Bed & Breakfast* que en Baleares ni se plantea, y sobre cuyo proyecto la Autoridad Catalana de la Competencia encuentra, como traba no justificada, la limitación de que no se pueda servir más comida que el desayuno.

Se refiere otra vez a la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Según dice el solicitante, la Comisión sostiene que una vivienda de uso turístico es una vivienda, es decir destinada a un uso residencial sin perjuicio de que, todo o una parte de ella, pueda ser objeto de cesión temporal; por tanto, por su propia naturaleza la cesión de viviendas de uso turístico debería ser compatible con suelo calificado como residencial, no puede exigírseles para tal cesión la calificación de suelo terciario.

Entiende el solicitante que es preciso regular este nuevo nicho de economía, donde se pueden crear cientos de microempresas que generarían riqueza y ayudarían a desestacionalizar la oferta turística, oferta en la que cabemos todos. Es preciso aclarar el ámbito legal de esta actividad. Hay miedo e incertidumbre motivados por normas que no se ven amparadas ni enmarcadas por la normativa europea y española; son más bien una especie de leyes de encaje que complican las cosas. Es incluso de esperar que se ejercerá la potestad sancionadora, con decisiones que acabarían siendo anuladas por incumplimiento de la normativa marco citada, aunque el sancionado habrá pasado por un largo y costoso (probablemente también para la Administración) procedimiento judicial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Ante todo, debe señalarse que el derecho de la Unión Europea no es canon de constitucionalidad de las leyes; es decir, la vulneración por una disposición nacional del Derecho derivado no tiene relevancia constitucional, aunque acarree consecuencias en el ámbito supranacional. Así lo tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (ya desde la STC 28/1991, FJ4, y después STC 64/1991, etcétera).

El instrumento de comprobación de la constitucionalidad de las disposiciones con rango de ley es la Constitución y el bloque de la constitucionalidad. Por tanto, el juicio que ha de hacer el Defensor del Pueblo para decidir si ejerce su legitimación activa para interponer el recurso no puede basarse, en el presente caso, en la Directiva 2006/123/CE, lo que de otro lado no significa que no deba ser tomada en cuenta a efectos interpretativos.

Los preceptos constitucionales invocados en la solicitud son los artículos 10, 33 y 38 CE, y éstos sí han de ser aquí utilizados para llegar a la resolución.

SEGUNDO. Como se ha señalado en los ANTECEDENTES, la petición no se refiere a un conjunto concreto de preceptos que, contenidos entre las modificaciones operadas sobre la Ley 8/2012, son considerados por el solicitante como inconstitucionales. Cabe deducir entonces que, en principio, la impugnación se dirigiría contra los veintinueve apartados del artículo Único de la Ley 6/2017, sus nueve Disposiciones adicionales, cinco Disposiciones transitorias, la Disposición derogatoria y las tres Disposiciones finales.

Esta generalidad en la solicitud conduciría a la necesidad de examinar cada uno de los preceptos, siquiera en una primera aproximación, pues un juicio de constitucionalidad no es intrascendente y por su naturaleza ha de ser preciso, concreto y rigurosamente fundamentado. Tal análisis no ha sido hecho por el solicitante, y en consecuencia tocaría hacerlo al Defensor del Pueblo si se busca obtener un juicio que ostente la precisión, concreción y rigor exigibles.

Además, ya de la Exposición de Motivos de la Ley 6/2017 puede deducirse la posibilidad de que, por la técnica legislativa utilizada, entre las numerosas modificaciones hechas a la Ley de 2012 no todas puedan encuadrarse sólo y exclusivamente en los artículos 10, 33 y 38 CE. Quiere decirse que, entre las finalidades de la Ley 6/2017, no se encuentran sólo las directamente relacionadas con las limitaciones a la prestación de servicios, ni siquiera con la economía del turismo, sino que el legislador balear parece fundarse en una realidad necesitada de control que tiene también que ver con "los puntos de vista urbanístico, territorial, medioambiental y tributario ... [con] la configuración de los barrios o las zonas donde se concentre la oferta y ... la convivencia pacífica en estos ... , [y con] la existencia de infraestructuras adecuadas". Como todos estos aspectos son igualmente dignos de consideración, y cuentan con amparo en el propio Texto Constitucional, entonces nos encontramos ante la necesidad de un examen pormenorizado del articulado, una operación que el solicitante no ha facilitado ni es ahora viable, como se razona a continuación.

TERCERO. En el ejercicio de la legitimación activa que confieren al Defensor del Pueblo la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, como en cualquier otro ejercicio de las funciones públicas, ha de tenerse en cuenta las condiciones de tal ejercicio.

En el presente caso, una de las condiciones de ejercicio más relevantes es el plazo de formulación del recurso de inconstitucionalidad, tres meses desde la publicación de la disposición que se pretende impugnar; plazo que aquí vence el martes

31 de octubre de 2017, pues se computa desde la publicación de la Ley 6/2017 en el *Boletín Oficial de las Illes Balears*, número 93, extraordinario, de 31 de julio de 2017.

A esa circunstancia se unen aquí otras dos: primera, y como ya ha sido indicado al comienzo, que la solicitud tuvo entrada en esta institución el jueves 26 de octubre de 2017, es decir apenas seis días antes de la expiración del plazo; y segunda, la mencionada omisión en la petición de un mínimo examen de las modificaciones hechas a la Ley de 2012. Pues bien, el Defensor del Pueblo no considera factible suplir esta omisión en el tiempo que quedaba disponible, si quiere hacerse con los también mencionados rigor, precisión y concreción.

Además, ha de señalarse que el ejercicio de la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad no es un ejercicio equiparable al de dirigir recomendaciones a las administraciones públicas. No es idéntico el marco de actuación en uno y otro caso. Cuando el Defensor del Pueblo formula recomendaciones actúa con un margen de apreciación más amplio, pues comprende no sólo la estricta legalidad, sino también aprecia razones de equidad y de oportunidad. Cuando el Defensor del Pueblo recomendó en abril de 2015 permitir a los particulares ofertar directamente sus viviendas en alquiler turístico sin exigir unidad de explotación, lo hizo en términos fundados en los artículos 10, 33 y 38 CE, sin duda alguna; es decir, se trataba de una propuesta de actuación en el sentido marcado por esos derechos fundamentales implicados. Pero no por ello el rechazo de la Recomendación por la Consejería de Turismo y Deportes podría calificarse de 'inconstitucional'.

Por el contrario, muy distinto es el margen de apreciación en un juicio de constitucionalidad, donde se requiere una rigurosa valoración, puramente jurídica y que ha de atenerse a la estricta legalidad, concretamente a la legalidad establecida por la Constitución, lo que cabalmente es decir a la constitucionalidad. Para ejercer su legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo ha de llegar al convencimiento, firme y resuelto, de que la disposición que se pretende impugnar vulnera la Constitución. En consecuencia, a falta de un examen pormenorizado de las modificaciones operadas en la Ley de 2012 por la Ley 6/2017, y a la vista de las consideraciones hechas en la solicitud, el Defensor del Pueblo no ha podido llegar a ese convencimiento.

Ocurre además que, a falta de una petición fundada en un análisis del artículo Único y de las demás disposiciones, la solicitud funda sus argumentos en apreciaciones generales, como: que la ley aprobada es discriminatoria, que afecta a la dignidad de las personas, al derecho de propiedad y a la libertad de empresa; pero todo ello sin propiamente argumentar tales defectos.

No bastan invocaciones genéricas a la necesidad de evitar perjuicios e inseguridades, a intervenciones por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia en un congreso, a las ventajas de la economía colaborativa, a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, etcétera.

Esas observaciones pueden acompañar, pero no sustituir, un enjuiciamiento riguroso de la Ley 6/2017 que, recuérdese, es un texto legal notablemente extenso y complejo, con veintinueve apartados en su artículo Único, nueve disposiciones adicionales, cinco transitorias, además de la derogatoria y las disposiciones finales.

En suma, la solicitud no identifica los preceptos contra los que se dirige ni ofrece un mínimo razonamiento de por qué serían inconstitucionales, o por qué y cómo todos o algunos de los preceptos vulnerarían los artículos 10, 33 y 38 CE.

CUARTO. A lo anterior ha de añadirse que el derecho a la propiedad y la libertad de empresa no son absolutos ni sin límites, que están al servicio de la función social, que están siempre condicionados por normas de todo tipo que pueden tener en cuenta intereses igualmente dignos de protección, como el acceso a la vivienda, la preservación de un ambiente adecuado, la racionalidad de la ordenación de los usos del suelo, en fin la protección de bienes que son también objeto de obligación para todos los poderes públicos.

La actividad turística no puede ser absolutamente libre, como ninguna actividad económica lo es. Y en un examen que aquí y ahora no puede ser pormenorizado, la Ley 6/2017 no resulta al Defensor del Pueblo que acote el ejercicio del derecho de propiedad ni la libertad de empresa de forma tal que los desnaturalice ni atente contra su contenido esencial, sino que incluso somete el ejercicio de actividades a moratorias y a planes ulteriores.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 31 de octubre de 2017, el Defensor del Pueblo, ha resuelto **no interponer** recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas.