



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

**EL ARRENDAMIENTO
DE VIVIENDAS DE USO
TURÍSTICO**

GRADO EN DERECHO

Autor; Andrea Mónica Dobre

Directo; Carlos Lalana del Castillo.

Curso académico; 2020-2021

RESUMEN

La posibilidad de rentabilizar un recurso infrautilizado, como puede ser el caso de una segunda residencia para obtener unas rentas adicionales, se ha utilizado desde tiempos remotos, articulándose a través de la figura del arrendamiento de temporada para uso vacacional o turístico que se regía por las disposiciones del Código Civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU).

Ahora bien, a raíz del progreso tecnológico y la implantación de las plataformas digitales como agentes intermediarios, se produjo un crecimiento exponencial de este nuevo modelo de negocios y el legislador optó en el año 2013 por excluir de la LAU los arrendamientos de uso turístico y confiar su conceptualización y régimen jurídico a las Comunidades Autónomas (CCAA).

Desde la mencionada exclusión, las CCAA han asumido el protagonismo en la regulación de esta modalidad de arrendamiento creando diversos marcos jurídicos que, desde sus inicios en 2013, no dejan de generar una intensa polémica jurídica y doctrinal. Como resultado de ello, encontramos una multiplicidad de definiciones legales sobre este tipo de arrendamiento, generalmente conocido como viviendas de uso turístico (VUT), una disparidad sobre los requisitos que se exigen para ejercer esta actividad en las distintas CCAA y una patente falta de deslinde con el tradicional arrendamiento de temporada que sigue existiendo y rigiéndose por la LAU.

En el presente Trabajo Fin de Grado se pretende mostrar una imagen completa de su regulación en España y hacer hincapié en la necesidad de alcanzar una regulación estatal sobre esta materia que aporte la suficiente seguridad jurídica que se exige en un Estado de Derecho.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art	Artículo
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
VFT	Vivienda con Fin Turístico
VUT	Vivienda de Uso Turístico

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	Error! Bookmark not defined.
II. EL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA; EN ESPECIAL, EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO	Error! Bookmark not defined.
i. La proliferación de la economía colaborativa	8
ii. El alojamiento colaborativo	12
III. EL PAPEL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO.....	15
IV. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO EN VIVIENDAS.....	18
i. El contrato de arrendamiento de temporada	19
ii. La vivienda turística vacacional	21
iii. La irrupción del alojamiento colaborativo y sus efectos	22
V. RÉGIMEN LEGAL DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO	23
i. Naturaleza jurídica del contrato de alojamiento en VUT	25
ii. Las deficiencias de la exclusión efectuada por el art.5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.	27
a) Insuficiencia en la delimitación conceptual	27
b) Inexactitud en los requisitos de exclusión.....	28
c) Ausencia de una remisión uniforme a la normativa sectorial.....	31
VI. EL IMPACTO DEL ALOJAMIENTO EN VIVIENDAS TURÍSTICAS	36
i. La postura del sector hotelero.	36
ii. La sensación causada por la masificación de VUT	37
iii. La responsabilidad de los intermediarios en las VUT	38
iv. Viviendas turísticas y comunidades de vecinos; un posible caso de abuso de derecho...39	
VII. CONCLUSIONES	45
VIII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....	48

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado se sitúa en el ámbito del arrendamiento de viviendas para uso turístico, una materia candente y de especial intereses debido a su mayúsculo impacto económico y social.

En un contexto de crisis económica, un alto número de propiedades vacías y el auge de las tecnologías, la clásica tendencia de bienes propia de la modernidad capitalista ha ido dando paso en la postmodernidad a la primacía del acceso a esos bienes sin necesidad de poseerlos, reinventándose las reglas que marcan el consumo. En este marco surgen nuevos modelos de consumo como la economía colaborativa¹ en la cual se utilizan plataformas para alquilar, vender, prestar o compartir bienes al margen de tiendas, bancos o agencias.

Este nuevo modelo económico ha irrumpido en diferentes esferas del mercado, pero ha sido en un sector tan tradicional como el del alojamiento donde ha emergido con fuerza y se ha debido, en gran parte, a su virtuosa capacidad de responder eficientemente a las nuevas necesidades de los particulares, permitiéndoles aprovechar sus activos infráutilizados, ya sea una casa, un apartamento o una habitación, para obtener un beneficio.

El tradicional intercambio de viviendas se ha convertido en los últimos años en algo rentable gracias a las plataformas digitales que permiten poner en contacto a un gran número de propietarios y potenciales clientes en un amplio rango de modalidades y con numerosas ventajas. Las plataformas proporcionan sus propios sistemas de calidad ofreciéndoles la posibilidad a los particulares de acceder a los comentarios de otros usuarios para conocer su opinión acerca de las viviendas ofertadas o filtrar el alojamiento de acuerdo a sus gustos y preferencias.

¹ ALFONSO SÁNCHEZ, R., y BURRILLO SÁNCHEZ, F.J., ‘La economía llamada “colaborativa”, en AAVV. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Aranzadi, 2017, pp.53-55.

Esta nueva modalidad de alojamiento colaborativo tiene indudables ventajas; rentabilización de bienes infrautilizados; eficiente asignación de recursos; obtención de ingresos extra y nuevas formas de experiencias turísticas, pero también conlleva aparejados numerosos inconvenientes que están generando fuertes críticas desde distintos sectores de la sociedad como la turismofobia, la gentrificación, la falta de responsabilidad, problemas vecinales etc.

Este fenómeno atractivo y novedoso, que presenta ventajas y beneficios indudables, también precisa de una adecuada regulación jurídica que tenga en cuenta los problemas que pueda generar y desafortunadamente, la situación actual es de incertidumbre jurídica.

La inexistencia de un marco normativo claro desbocado de distintas regulaciones o propuestas de regulación controvertidas, tanto desde la perspectiva de los distintos sectores en conflicto como desde la social y jurídica, ha ocasionado un interesante debate por parte de las Comunidades Autónomas, propietarios, turistas, vecinos, sector hotelero y Administraciones públicas acerca del tratamiento jurídico que debe de otorgarse a esta situación.

Desde la perspectiva jurídica, este atractivo debate suscita dudas acerca de hasta qué punto y bajo qué principios debe regularse este fenómeno teniendo en cuenta que la utilización de viviendas de particulares con fines turísticos se ha convertido en una tipología más de alojamiento y quiénes son los responsables de llevar a cabo dicha labor. Lo que es indudable es que el alojamiento colaborativo está llamado a articular los hábitos de consumo de los ciudadanos, lo que conlleva la ineludible necesidad de otorgar un entramado normativo efectivo que sea capaz de afrontar las posibles repercusiones de este fenómeno.

En el presente trabajo, una vez analizada la dimensión de la economía colaborativa, y la importancia del alojamiento dentro de esta, me centraré en analizar, dada mi evidente tendencia al mundo jurídico, el despuente de la vivienda de uso turístico en nuestro país teniendo en cuenta todas las vertientes y aristas del problema sobre todo a raíz del auge de las nuevas tecnologías y

plataformas digitales como Airbnb, poniendo de relieve la incapacidad del ordenamiento jurídico de dar una respuesta clara a todas las dificultades que se plantean ante la gran velocidad con la cual se ha modificado la tradicional cesión temporal de un inmueble.

El objetivo del estudio llevado a cabo en este informe es conocer con mayor detalle el origen del alojamiento turístico y analizar su evolución desde una perspectiva jurídica. Para ello, se efectuará un seguimiento jurídico de la distinta legislación que se ha ocupado de regular este fenómeno a lo largo del tiempo en el panorama español y que nos permitirá, en última instancia, comprender mejor la normativa actual.

El elemento esencial es, sin duda, el estudio del régimen legal y el tratamiento jurídico de la figura de las viviendas destinadas a un uso turístico, sobre todo a partir de la reforma, rudimentaria y desconcertante, efectuada en el año 2013 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que inició el trasvase del problema al ámbito turístico con la creencia errónea de que este fenómeno era un modelo más de alojamiento turístico y nada más lejos de la realidad, se podrá comprobar que ha venido para quedarse y no resultaría de extrañar que se convirtiera en una pieza clave en el rescate de la economía tras la era post COVID dado el papel clave del turismo en España.

II EL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA; EN ESPECIAL, EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO

I La proliferación de la economía colaborativa

La vigente incidencia desmesurada del fenómeno de las viviendas de uso turístico (VUT) no puede entenderse sin llevar a cabo primeramente, un análisis exiguo del modelo de economía colaborativa surgido a raíz de la aparición de nuevas tendencias de consumo por parte de los ciudadanos fruto de la revolución digital.

Su origen hay que asociarlo a Felson Marcus y Spaeth Joe (1978)² que vincularon este término al hecho de compartir bienes y servicios entre varios usuarios con el fin de maximizar los recursos disponibles. No obstante, Algar (2007)³ y Botsman y Rogers (2010)⁴ adaptaron este concepto a la realidad actual teniendo en cuenta el progreso de las nuevas tecnologías definiéndolo como <<un sistema económico basado en el uso compartido de bienes y servicios infrautilizados de forma gratuita o mediante un precio, directamente por particulares, a través de plataformas en línea>>.

La delimitación conceptual de la economía colaborativa, no es una labor sencilla, pudiendo encontrarnos con numerosas tesis⁵ que perfilan en mayor o menor medida sus elementos definitorios.

² FELSON, M. & SPAETH, J. (1978): “Community Structure and Collaborative Consumption A Routine Activity Approach”, The American Behavioral Scientist, Mar/Apr.

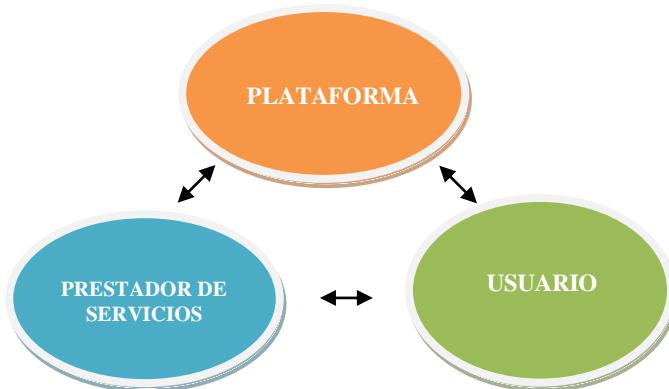
³ ALGAR, R. (2007): artículo “Collaborative consumption” publicado en el boletín Leisure Report de abril de 2007.

⁴ BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2010): What’s Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live, Ed. Harper Collins, New York

⁵ CNMC, “Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, marzo, 2016” la definió como << aquella que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el

No obstante, fundamentalmente cuatro son los elementos que la identifican y que el Comité Económico y Social Europeo (2016)⁶ ha señalado; una práctica que conduce a un uso de los bienes de forma compartida ante la irrelevancia que comienza a cobrar la propiedad para el consumidor; se lleva a cabo una intermediación a través de plataformas digitales que conecta a prestadores y usuarios facilitando las transacciones entre ellos; su finalidad es aprovechar los bienes y servicios infrautilizados por los oferentes para obtener un valor por ellos y por último, es un fenómeno que responde a una estructura triangular en la cual los sujetos intervenientes se encuentran en una misma posición de igualdad.

Relación entre los tres agentes intervenientes en la economía colaborativa.



De este modo, mediante diversas aplicaciones y plataformas online, se establecen lazos de conexión entre la demanda y la oferta de bienes y servicios infrautilizados que pueden ser comprados, prestados, alquilados o regalados⁷.

que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales, y en particular, de Internet>>

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2016) << La economía colaborativa y la autorregulación>> (2016/C 303/05).

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», 21 y 22 de enero, 2014.

Este fenómeno colaborativo, puntero y de gran utilización en la actualidad, no es, en realidad, una novedad. Compartir, intercambiar o prestar bienes y servicios ha sido algo habitual en muchas sociedades. Recordemos el trueque que permitía el intercambio de productos en la antigüedad, pues bien, hoy en día contamos con la economía colaborativa cuya única diferencia con el truque es la forma de acceder al consumo al llevarse a cabo ahora a través de las nuevas tecnologías que permiten un consumo más eficiente y un mayor conocimiento de la oferta disponible.

En cuanto a los sectores económicos más relevantes para la economía colaborativa y que han acaparado mayores inversiones han sido; el sector del transporte de la mano de plataformas como Uber; en la compra-venta de consumo plataformas como Ebay o Amazon; en el ámbito del sector del alojamiento, la alternativa para hoteles y alojamientos turísticos convencionales ha sido Airbnb, que se ha convertido en el paradigma de la economía colaborativa.

La dimensión y el peso de la economía colaborativa son incuestionables. La Comisión Europea encargó, en el año 2016, realizar un estudio a PWC para evaluar el tamaño y la presencia de la economía colaborativa en la Unión Europea y dicho informe puso de manifiesto que en el año 2015 los ingresos brutos aportados, de forma estimada, por la economía colaborativa en Europa eran de 28 millones de euros, un incremento del 80% respecto al año 2013, y con una previsión para el año 2025 de 335 billones de euros⁸.

Ante el crecimiento exponencial del fenómeno colaborativo, cabe preguntarnos qué factores han contribuido a su desarrollo para comprender de un modo más profundo su repercusión a nivel mundial. Según SOBRINO & HINOJO, 2017⁹, cuatro han sido los motivos que han impulsado este fenómeno;

⁸ Vaughan, R. y Daverio, R. (2016), Evaluando el tamaño y la presencia de la economía colaborativa en Europa, PWC, Londres, Reino Unido.

⁹ HINOJO&SOBRINO; “El desarrollo de la economía colaborativa y los modos digitales de prestación de servicios”, Boletín Económico de ICE 3086 del 1 al 30 de abril de 2017.

- a) **Tecnológicos:** Los avances tecnológicos han permitido crear negocios globales y poner en contacto a millones de personas a través de la red creando comunidades virtuales. La posibilidad de intercambiar y alquilar bienes y servicios existe desde tiempos remotos, pero la tecnología ha permitido entrar en mercados de forma más rápida, obteniendo respuestas inmediatas y usando los productos solo cuando se necesitan. A ello hay que sumarle que se ha conseguido socavar la desconfianza inicial hacia Internet, lo cual ha permitido que la gente se relacione online para compartir e intercambiar bienes y servicios.
- b) **Económicos:** No es casualidad que la utilización generalizada de este tipo de consumo haya proliferado con mayor notoriedad desde el año 2008, coincidiendo con el comienzo de la crisis económica a nivel mundial que provocó un impacto negativo muy considerable sobre la renta disponible de las personas y sobre su capacidad de crédito. Ante ello, millones de usuarios comenzaron a probar un nuevo modelo de intercambio mucho menos oneroso, basado en la reutilización de productos, en la preferencia del alquiler frente a la compra y la posibilidad de obtener ingresos extra.
- c) **Culturales:** La creciente afluencia de las redes sociales ha popularizado la idea de compartir no solo ideas o fotos, sino también bienes y servicios. Esta nueva conciencia social encaminada hacia el espacio compartido a través de la utilización de Internet para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, ha supuesto, sin duda, un cambio significativo en la forma de actuar de la población, redireccionada ahora hacia el uso y disfrute y no tanto hacia el dominio y la pertenencia.
- d) **Sociales:** El concepto de sostenibilidad está conectado al de compartir. La población, y sobre todo el entramado social más joven, está concienciado acerca de la sostenibilidad y la protección del medio ambiente, factores que inciden positivamente en el crecimiento de la economía colaborativa.

Pero demás, si a estos cuatro factores le añadimos la importante inversión económica que se ha llevado a cabo a partir del año 2010 en las plataformas digitales como consecuencia de la apreciación de los ciudadanos de los rendimientos económicos que estaban comenzando a generar las nuevas tecnologías¹⁰, resulta que la irrupción de negocios como el alquiler a través de Internet de viviendas para destinarlas al uso turístico, no debe extrañarnos dada la gran rentabilidad que ofrecen.

i. El alojamiento colaborativo

Si hay un sector donde el impacto del fenómeno colaborativo es gigantesco, es en el del alojamiento turístico. Así, en el ámbito de la vivienda, el consumo colaborativo se ha desarrollado fundamentalmente a través de las afamadas viviendas de uso turístico (VUT), aquellas en las que se produce la cesión de una vivienda o incluso una habitación con fines turísticos a cambio de una cantidad monetaria previamente pactada o no.

El punto de partida es por tanto, el hecho de que el acceso al bien, en este caso al alojamiento, se caracteriza por la idea de compartir una propiedad y facilitar su disfrute a otros, ya sea de manera gratuita o bien mediante el pago por su uso.

La gratuitad o la finalidad lucrativa de la transacción articula en gran medida la consideración de encontrarnos o no ante un alojamiento colaborativo. En este sentido, me remito al análisis realizado por Russo (2015) que establece una doble clasificación al respecto; en un ámbito de gratuitad podemos hablar de consumo colaborativo puro, idea originaria y articulada al margen de cualquier transacción económica como el *couchsurfing*; acoger viajeros en el sofá de casa; *homeexchange*, intercambiar casas completas entre personas o el *nightswapping* que consiste en dar alojamiento a personas en la habitación de invitados.

¹⁰ MIGUE FERRER; Presente y futuro de las plataformas digitales; Revista de Estudios de Juventud, marzo 2018, nº 119.

No obstante, el modelo más desarrollado en la actualidad es el basado en el alquiler de una vivienda o habitaciones con fines turísticos a cambio de una remuneración acordada por las partes. En tales casos, nos encontramos ante un alojamiento colaborativo en el cual el intercambio tiene una motivación económica y es gestionado por una plataforma que actúa como intermediario a cambio de una comisión por poner en contacto a los individuos. Esta mutación de la economía colaborativa ha dado lugar a un modelo “híbrido” de economía colaborativa en el que la motivación económica desvirtúa el concepto y la finalidad de la misma.

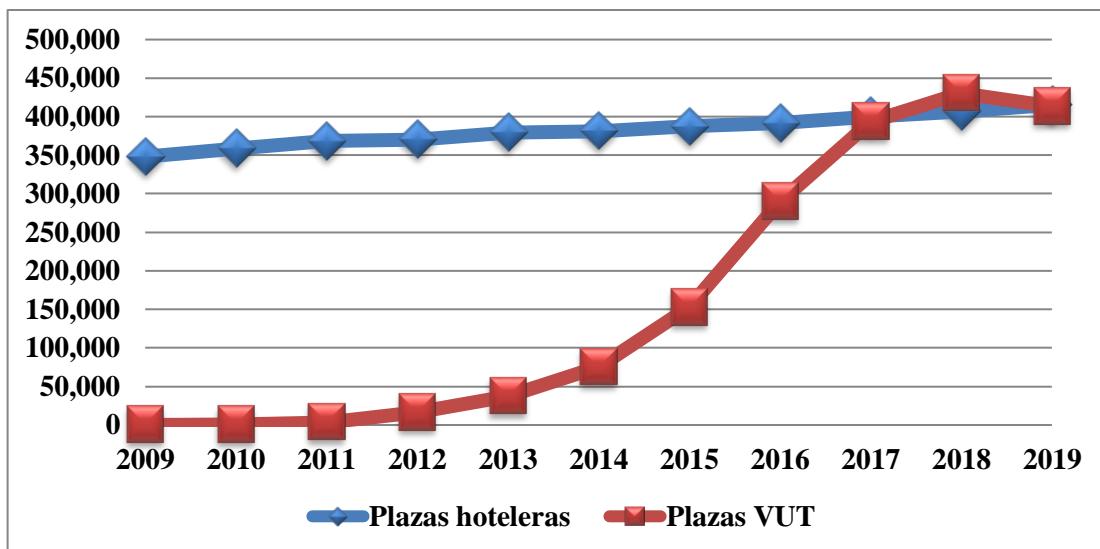
Surge así el turismo p2p o travel 2.0, en el cual consumidor de un bien o servicio, en este caso de un alojamiento, se convierte en un *prosumidor*¹¹, entendiéndose como un usuario que no solo consume información, sino que también la produce y comparte en la red. En este sentido, el valor utilitarista de Internet a la hora de conceder a los ciudadanos la posibilidad de adquirir o intercambiar bienes y servicios es irrefutable, permitiéndoles no solo ahorrar tiempo y dinero, sino también, otorgándoles acceso a las opiniones de otros usuarios, siendo ello una de las principales causas del incremento de promoción de VUT en dichas plataformas.

En países como España, la existencia de un notable excedente de viviendas unido a las necesidades económicas surgidas a raíz de la crisis de 2008, provocó que los propietarios de viviendas que inicialmente podían tener un carácter no productivo (segundas residencias, habitaciones vacías en zonas urbanas) comenzaran a rentabilizarlas a través de su ofrecimiento mediante plataformas como Airbnb u HomeAway para alquilarlas a turistas obteniendo con ello unos ingresos extra.

Estos factores explican el aumento significativo de viviendas para destinarlas a un uso turístico que se ha producido desde 2009. Según, Excetur, en el año 2009, el total de plazas en VUT era de 18 frente a las 348.038 plazas hoteleras, mientras que en el año 2018, se produjo un sorpasso considerable siendo el total de plazas en VUT 430.350 frente a las 406.905 plazas hoteleras.

¹¹ JARNE MUÑOZ, P. (2016). El «prosumidor» como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (19), 41-51.

GRÁFICO I. Evolución del número de plazas en hoteles y viviendas de uso turístico en España



Fuente; Exceltur, www.epdata.es

A la vista de ello, podemos observar que la evolución del número de plazas que se ofrecen en viviendas de uso turístico es muy considerable hoy en día. No obstante, a la vista de los datos del INE 2021¹², su distribución es desigual por el territorio nacional. Así, las Comunidades Autónomas, en adelante CCAA, con mayor número de viviendas turísticas son, según el INE 2021; Andalucía (61.574); Cataluña (54.646), la Comunidad Valenciana (49.757) y la Comunidad de Madrid (17.802).

La entidad que han adquirido las distintas figuras del alojamiento turístico de viviendas, en concreto la vivienda de uso turístico, término utilizado por la mayoría de las CCAA, no puede entenderse sin las plataformas digitales cuya importancia es tal que, como veremos más adelante, dentro de la definición de VUT se conecta su ofrecimiento a través de las mismas.

¹² Instituto Nacional de Estadística; viviendas turísticas en España 2021MO2 por Comunidades Autónomas.

A la vista de lo expuesto, no cabe duda que la economía colaborativa esta llamada a articular los hábitos de consumo de los ciudadanos y el papel de las nuevas tecnologías es fundamental en la expansión de la misma en general, y en el alojamiento colaborativo en particular.

I. EL PAPEL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO

La implantación del alojamiento turístico en viviendas no puede entenderse sin la acción de las plataformas web que han otorgado un método más eficiente de conexión entre el turista y el propietario de la vivienda.

El protagonismo de dichas plataformas digitales en el ámbito del alojamiento turístico es indiscutible. Según el VI Barómetro del alquiler vacacional en España encargado por HomeAway (2019)¹³, la fuente de información citada como más importante por parte de los encuestados en la elección de viviendas de uso turístico son las Webs especializadas en este tipo de alojamiento, liderando claramente los procesos de búsqueda con un 36'0 %, diez puntos menos que la segunda fuente más citada que son las recomendaciones de otras personas. Asimismo, el 76'5% de los usuarios de viviendas turísticas acuden a fuentes electrónicas como agencias online o webs especializadas en alojamientos para buscar este tipo de alojamiento.

Estas plataformas actúan como sujetos intermediarios entre las partes creando conexiones entre quienes ofrecen un servicio y quienes pretender acceder a él; proveen medios para llevar a cabo la transacción y suministran mecanismos de verificación y seguridad que reducen los posibles riesgos que pueden existir en la transacción con desconocidos.

¹³

https://www.hosteltur.com/comunidad/nota/020437_presentacion-vi-barometro-de-alojamiento-vacacional-en-andalucia-2019.html

El valor utilitario de Internet a la hora de adquirir bienes y servicios, el ahorro de tiempo y dinero a la hora de efectuar una reserva frente a otros medios, la posibilidad de informarse sobre el alojamiento de forma más rápida, la reducción de costes, así como tener la oportunidad de comparar ofertas y contar con información y opiniones de otros viajeros, son algunas de las razones que explican el crecimiento exponencial de estas plataformas digitales.

TABLA I. Principales plataformas que operan en España

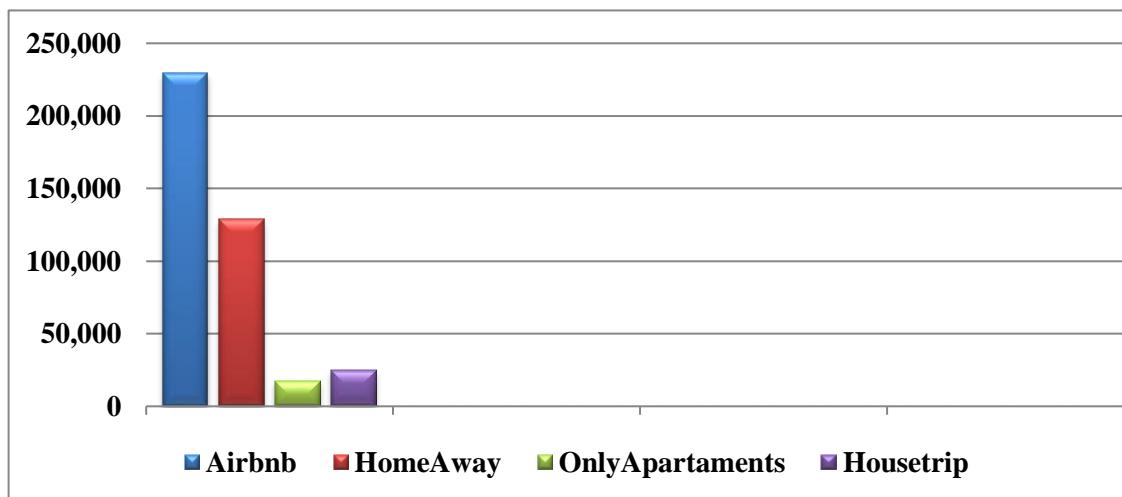
Webs	Año de fundación	Sede
Airbnb	2008	California (USA)
HomeAway	2005	Austin (USA)
Niumba	2005	Barcelona
Windu	2011	Berlín (Alemania)
HouseTrip	2010	Lausanne (Suiza)
Only Apartments	2003	Barcelona

Fuente; elaboración propia.

En España, el desarrollo de las VUT mediante plataformas digitales se realiza fundamentalmente a través de Airbnb, HomeAway y Niumba que articular el liderazgo en cuanto a incidencia de esta modalidad de alojamiento ostentando entre las tres una cuota de mercado de 2/3 del, con cifras a 2015 (The Ostelea Business School for Tourism & EAE Business School). El líder, Airbnb superó en España en 2017 las

200.000 habitaciones (El Independiente, 2017)¹⁴, es decir, un 50% más que las 10 principales cadenas hoteleras con presencia en España juntas. De esta forma, Airbnb a fecha de 30 de septiembre de 2020, cuenta con 5'6 millones de anuncios activos en más de 100.000 ciudades de 220 países y regiones¹⁵.

GRÁFICO II. Número de viviendas de uso turístico según plataforma 2018



Fuente; Elaborado a través de DataHippo (2018)

A la vista de las cifras expuestas, puede apreciarse el gran número de viviendas de uso turístico que se ofertan a través de plataformas digitales. En este sentido, la Comisión Europea (2017) elaboró un interesante informe destinado a analizar la incidencia de dichas plataformas¹⁶.

Como punto de partida, señala que estas aportan múltiples beneficios así como grandes oportunidades para desarrollar nuevos modelos de negocios y aumentan

¹⁴ El INDEPENDIENTE (2017). Disponible en <https://www.elindependiente.com/economia/2017/09/12/airbnb-espana-mas-alojamientos-las-20-mayores-cadenas-hoteleras-juntas/>

¹⁵ <https://news.airbnb.com/about-us/>

¹⁶ Informe de la Comisión Europea sobre las plataformas en línea y el mercado único digital, Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288&qid=1625567864884>

las posibilidades de elección de los consumidores. No obstante, su creciente implantación genera nuevos desafíos para las políticas y la reglamentación.

Un aspecto básico que señala la Comisión es que debe llevarse a cabo una armonización de la normativa de los países de la UE para conseguir un desarrollo coherente de estas plataformas. En este sentido, cabe subrayar que, si bien la eficiencia de estas plataformas en el ámbito del alojamiento ha otorgado grandes rendimientos y utilidades, el crecimiento desmesurado de la oferta está comenzando a generar graves impactos sobre la sostenibilidad urbana, un incremento del precio del alquiler de los residentes, problemas de convivencia o disputas con sectores tradicionales como el hotelero que ha visto en esta situación una ruptura del equilibrio de la libre competencia, no solo por la distensión de los requisitos de acceso al sector, sino también por la incapacidad de las Administraciones Pùblicas (AAPP) de controlar las viviendas turísticas ilegales.

La economía colaborativa, y en particular el alojamiento colaborativo, es un fenómeno global de rápida expansión con multitud de beneficios, pero también adolece de preocupantes inconvenientes.

Los efectos colaterales de la actividad de estas plataformas son evidentes, de ahí la necesidad de acotar jurídicamente su actividad y es que, tal y como afirma ZOREDA DE LA ROSA <<estas plataformas se encuentran en muchas ocasiones en una indefinición legal, lo que genera un marco de competencia desleal frente a otros prestados de servicios y de problemas jurídicos de diverso tipo>>¹⁷ .

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO EN VIVIENDAS

La proliferación en la conversión de viviendas particulares en alojamientos que ofrecen servicios turísticos y que se ofertan por Internet ha sufrido un crecimiento

¹⁷ https://www.hosteltur.com/112838_economia-compartida-entra-radar-omt.html

exponencial durante los últimos años satisfaciendo con ello la demanda de alojamientos económicos.

Ahora bien, su utilización presenta una curiosa evolución en España y que a continuación pasará a desarrollar, pasando de un tratamiento casi marginal a través de su vinculación con el arrendamiento de temporada, a un especial control como consecuencia de su posicionamiento en el sector turístico. Esta permuta en su tratamiento se debe fundamentalmente al enfoque dado por la Ley de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU), tras su modificación en 2013, al desplazar este tipo de alojamiento al ámbito turístico, asumiendo con ello las Comunidades Autónomas el protagonismo en su regulación.

La reglamentación administrativa de las VUT ofertadas a través de plataformas virtuales surge para intentar apalear su protagonismo descontrolado, el intrusismo, la competencia desleal frente a otros establecimientos, la opacidad económica y los efectos negativos sobre la calidad de los destinos turísticos.

Hasta la proliferación de la regulación administrativa sobre la materia, no es que no existiera una regulación sobre este fenómeno, sino que la misma correspondía al Derecho civil. De este modo, el alquiler de viviendas vacacionales por parte de los particulares era regulado por la legislación arrendaticia y se caracterizaba por otorgar un amplio campo de libertad de pactos a los particulares y que en la actualidad se pretende restringir.

i. El contrato de arrendamiento de temporada

La cesión temporal de un alojamiento con fines vacacionales y no residenciales no es un fenómeno nuevo, ya existía en el entramado jurídico español encarnado en la figura del arrendamiento de temporada.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos realiza una distinción por un lado, entre el arrendamiento de vivienda, como aquel que recae

sobre una edificación habitable para satisfacer las necesidades permanentes de la vivienda del arrendatario (art.2.1) y por otro, el arrendamiento para uso distinto de vivienda como aquel que no persigue la satisfacción permanente de vivienda del arrendatario (art.3.1) y en el cual se incluían los arrendamientos de temporada para usos vacacionales o turísticos (art.3.2).

De este modo, el arrendamiento de temporada para usos vacacionales se regiría por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil (art.4.3 LAU).

A la vista de la clasificación anterior, vemos como un elemento básico distintivo entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento de temporada es la transitoriedad en su ocupación. La importancia de tal elemento ha sido señalada en numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo que entiende que es primordial para encontrarnos ante un arrendamiento de temporada que este << no satisfaga una necesidad permanente del arrendatario, sino una necesidad de ocupación meramente accidental y transitoria>> debiéndose entender esta temporalidad en un sentido amplio¹⁸ y referente a un deseo de disfrutar de una segunda vivienda para vacaciones, festivos, fines de semana¹⁹ etc.

En este sentido, el TS aclara que la temporalidad del arrendamiento de temporada hace más bien referencia al uso u ocupación del inmueble por circunstancias esporádicas o accidentales y no tanto al aspecto de la duración cronológica de la ocupación de la vivienda²⁰.

Para terminar de matizar la importancia de la temporalidad del arrendamiento de temporada, me remito al pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia nº 507/2005, de 28 de septiembre (Sección 4^a) y cito literalmente

¹⁸ *Vid.* Sentencia Tribunal Supremo 19 de febrero de 1982. (RJ 1982\784)

¹⁹ Fundamento segundo Sentencia núm.45/2003 de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6^a).

²⁰ Fundamento segundo Sentencia núm.396/2004, de 28 de septiembre, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3^a) recogiendo la jurisprudencia del TS de sus sentencias de 17 de diciembre de 1960, 30 de marzo de 1974, 30 de junio de 1976.

<< la calificación del arrendamiento de temporada no deriva del plazo concertado sino de la finalidad de la ocupación, ajena a la ocupación como residencia habitual del arrendatario, siendo ocasional y esporádica; de manera que el arrendamiento responde, no a la necesidad del arrendatario de establecer su vivienda, sino para ocuparla de forma accidental y en épocas determinadas por razón de circunstancias distintas de la instalación de la residencia permanente y domicilio habitual”.

ii. La vivienda turística vacacional

En paralelo a la regulación del arrendamiento de temporada, existía, en el ámbito de la legislación turística, la vivienda vacacional; aquella en la que el propietario la destina a fines turísticos alquilándola con habitualidad, profesionalidad y con un complemento de estructura y servicios²¹.

No cabe duda de que la VUT, tal y como la entendemos ahora, no es una nueva modalidad de alojamiento si analizamos la legislación turística. El antecedente normativo más cercano lo encontramos en el RD 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales (actualmente derogado) que llevaba a cabo una delimitación conceptual para separar los apartamentos turísticos de las viviendas turísticas definiendo a estas últimas en su art.17 de la siguiente manera “ No tendrán la consideración legal de apartamentos turísticos, sino de viviendas turísticas vacacionales, las unidades aisladas de apartamentos, bungalós, villas y chalés y, en general, cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezca en régimen de alquiler por motivos vacaciones o turísticos”.

A la vista de lo expuesto anteriormente, cabe sostener que la primera mención normativa a las renombradas y enigmáticas viviendas de uso turístico se

²¹ MARTOS CALABRÚS, M.A (2014; 91-92). Acerca de la diferencia entre ambas tipologías.

encontraba en el mencionado RD 2877/1982, de 15 de octubre, aunque este recogía un concepto ambiguo y alejado de todo el entramado formado en la actualidad en torno a esta figura.

No obstante, teniendo en cuenta que la aprobación y publicación del mencionado RD se produjo en el marco de la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial de conformidad con el art.148.1.18 CE, resulta que fue en el ámbito autonómico donde aparece por primera vez el término de vivienda de uso turístico propiamente dicho, siendo los casos de País Vasco²², Baleares²³ o Cataluña²⁴ los ejemplos de regulaciones primigenias del modelo actual.

ii. La irrupción del alojamiento colaborativo y sus efectos

A la vista de lo expuesto en los puntos 4.1 y 4.2 del presente trabajo, observamos que la ocupación de una vivienda por motivos vacacionales se solventaba y zanjaba a través de la aplicación o bien del arrendamiento de temporada o bien a través de la vivienda turística vacacional.

Ahora bien, la aparición del fenómeno colaborativo provocó que ninguno de estos dos modelos fuese capaz de hacer frente de manera efectiva al aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo. El RD 2877/1982, de 15 de octubre, que contenía una regulación nacional de los apartamentos y las viviendas turísticas vacacionales y que se aplicaba de forma supletoria ante la ausencia de legislación autonómica, fue derogado por el RD

²² Ley 6/1994, de 16 de marzo, de ordenación del turismo de Euskadi

²³ Decreto 29/1991, de 4 de abril, de las Islas Baleares, sobre medidas de ordenación de las viviendas turísticas vacaciones

²⁴ Decreto 193/1989, de 17 de julio, de ordenación y clasificación de apartamentos turísticos, en el cual aparecía configurada la vivienda turística como un apartamento turístico.

39/2010, de 15 de enero y si a ello le sumamos la escasa normativa aprobada por las Comunidades Autónomas acerca de las viviendas turísticas dada la poca relevancia que tenían en esos años, resulta que no existía un entramado normativo que proporcionara las herramientas jurídicas necesarias para hacer frente al aumento exponencial del uso turístico por parte de los particulares de las viviendas.

Asimismo, si tenemos en cuenta que el arrendamiento de vivienda turística solía conllevar la prestación de una serie de servicios accesorios o complementarios, resulta que la ineficiencia del arrendamiento de temporada para regular este fenómeno era patente.

La concurrencia de estos tres factores dio lugar a un vacío legal titánico para afrontar esta figura e impulsó la aprobación de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que modificó la LAU e introdujo el apartado e) del art.5 mediante el cual se excluye del ámbito de aplicación de la LAU “La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

La aprobación de la mencionada Ley 4/2013, de 4 de junio, supuso un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de la problemática de este tipo de alojamientos y nos lleva necesariamente a estudiar su régimen jurídico para comprender las transformaciones que se produjeron en cuanto a su tratamiento, normativa aplicable y naturaleza jurídica.

III. RÉGIMEN LEGAL DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

El primer paso para entrar a conocer la normativa regulatoria del arrendamiento de vivienda para un uso turístico es conocer en qué términos se produce la exclusión de dichos arrendamientos del ámbito de aplicación de la LAU.

La figura del arrendamiento de vivienda para uso vacacional o turístico aparece diferenciada del contrato de arrendamiento de temporada y donde hasta ese momento se regulaba, como consecuencia de la exclusión de la aplicación de la LAU para regular este tipo de viviendas a raíz de la Ley 4/2013, de 4 de junio, que introduce el apartado e) del art.5 en los siguientes términos << Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley... e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial>>

De este modo, se excluye la aplicación de la LAU cuando la cesión de un inmueble va acompañada de la prestación de una serie de servicios turísticos, entendiendo por estos el hecho de que la vivienda se ceda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato y ofrezca servicios complementarios. Esta es la interpretación más lógica y justificada de la reforma efectuada en 2013 y en palabras de CAMPUZANO TOMÉ, H²⁵.; << [...] los contratos que el legislador deja excluidos de la LAU, no son los arrendamientos de temporada para uso vacacional comercializados mediante canales turísticos- los cuales seguirán siendo civiles, sino los ofrecidos por estos medios que incluyan servicios complementarios propios de la industria hotelera tales como; limpieza, lavado de ropa, restauración etc y que conforman los verdaderos contratos de arrendamiento turístico>>.

Para el caso de que se cumplan estos presupuestos turísticos, nos encontramos ante un contrato de alojamiento turístico, y que suscita no pocas dudas acerca de su naturaleza jurídica y que expondré en el epígrafe siguiente, mientras que de no existir tales prestaciones accesorias, no cabe duda de que estaríamos ante un arrendamiento de temporada regulado por la LAU.

²⁵ CAMPUZANO TOMÉ, H << El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y la legislación turística autonómica>>, RCDI, Nº 749, pp. 1205-1206.

i. Naturaleza jurídica del contrato de alojamiento en VUT

La introducción del apartado e) del art.5 LAU por parte de la Ley 4/2013 supone el reconocimiento legal del contrato de cesión del uso de una vivienda turística y nos ofrece la base para definirlo como aquel contrato mediante el cual se cede temporalmente a cambio un precio el uso de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato. Además, en palabras de M.L. MORENO-TORRES HERRERA²⁶ “no es un elemento definitorio del contrato el hecho de que se comercialice o promocione mediante canales de oferta turística, siendo ello tan solo una circunstancia indicativa de la existencia de una actividad turística y que consecuentemente provoca, por mandato del legislador, la inaplicación de la LAU en el supuesto de existir normativa sectorial específica”.

La referencia que hace el art.5.e) LAU a la “normativa sectorial” no debe identificarse con la normativa autonómica, pues ello sería una afirmación totalmente errónea y supondría la aniquilación del reparto de competencias contenido en la CE. Hecha esta primera advertencia, cabe preguntarnos a qué se refiere entonces el art.5.e) cuando nos remite a la normativa sectorial.

Dicha normativa sectorial puede hacer referencia, o bien a una normativa estatal reguladora de las relaciones contractuales entre el cedente del alojamiento y el huésped, la cual habría de dictarse al amparo de la competencia estatal en materia contractual *ex art.149.1, 8^a CE*, o bien a una normativa autonómica que debe regular la actividad turística, y no la contractual, al amparo de las competencias autonómicas de promoción y ordenación del turismo *ex art.148.18^a CE*. La diferenciación entre estos dos planos normativos, el estatal o de Derecho privado, y el autonómico o de Derecho público, que regulan las VUT, es imprescindible para comprender su regulación.

²⁶ M. LUISA MORENO-TORRES HERRERA; “Viviendas de uso turístico; régimen civil, administrativo y fiscal”; p.208. Postura contraria sostiene ROMÁN MÁRQUEZ (2014)

No obstante, lo cierto es que en la actualidad, no contamos en España con una normativa estatal que regule el contrato de alojamiento en VUT y la normativa autonómica únicamente puede regular la actividad turística de este tipo de viviendas, es decir, los requisitos y condiciones que deben de reunir tales viviendas, los deberes frente a la Administración y el control de la actividad por parte de esta, pero no el contenido del contrato relativo de los derechos y obligaciones entre el prestador del servicio y el huésped, o la eficacia o ineficacia del contrato, pues todo ello es materia estrictamente civil cuya regulación corresponde al Derecho privado.

Hechas estas aclaraciones, nos surge la duda respecto al tipo contractual dentro del cual puede encajar el alojamiento en VUT. ¿Es un arrendamiento de temporada, un arrendamiento de vivienda vacacional o un contrato de hospedaje?

El tipo contractual genérico dentro del cual puede encajar el alojamiento en VUT es el de arrendamiento de cosas, regulado en el art.1543 CC como aquel mediante el cual <<una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y un precio cierto>>

No obstante, es criterio mayoritario que lo decisivo para calificar el tipo contractual en el que encaja el alojamiento en VUT es la asunción o no del deber del cedente de procurar al turista no solo la posesión del inmueble, sino también determinados servicios adicionales que no se limitan a los suministros de agua, electricidad o calefacción, ya que en la mayoría de los casos se exige la atención telefónica permanente a los usuarios, diversos servicios de mantenimiento, limpieza o cambio periódico de la ropa de cama etc.

Lo cierto es que, sumadas todas estas prestaciones adicionales que se ponen a cargo del cedente del alojamiento, nos permiten afirmar que la cesión al uso de las viviendas en dicho régimen nos permite afirmar que estamos en ante un contrato mixto en el que se combina el arrendamiento de cosas con el arrendamiento de servicios y dichas características nos conducen a asentir que estamos ante un

contrato de hospedaje ²⁷, el cual precisamente se caracteriza por ofrecer al huésped, además de la cesión de la vivienda, una serie de suministros y diversas prestaciones de servicios complementarios, mientras que, si no se otorgan estas, estaríamos ante un mero contrato de arrendamiento de inmuebles.

ii. Las deficiencias de la exclusión efectuada por el art.5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Una vez analizada la naturaleza jurídica del contrato de alojamiento vacacional o turístico, debemos delimitar sus características a la luz del art 5.e) de la LAU.

La exclusión efectuada a través del art.5.e) ha dado lugar a un confuso panorama legislativo que nos conduce a afirmar, por los motivos que a continuación expondré, que se trata de una exclusión cuanto menos inquietante, incompleta y parcial y que genera una situación de incertidumbre jurídica inaceptable.

a) Insuficiencia en la delimitación conceptual

A la hora de comenzar el estudio del régimen legal de las VUT, resulta que nos debemos enfrentar a los problemas que existen en cuanto a la delimitación conceptual de las mismas ante la ausencia de un concepto uniforme en España²⁸.

²⁷REPRESA POLO (2014); pp.344-345, CASTAÑOS CASTRO (2015); p.21; MARTINEZ CANELLAS, A., <<La cesión del uso de la vivienda a no residentes>>,

En el mismo sentido, la LAU de 1946 diferenciaba el alojamiento del arrendamiento con estas palabras; << Cuando el inquilino tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda, el contrato se considerará hospedaje y sometido a las disposiciones que regulen la materia>.

La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación publicada en 2013, en su art 534.12 dispone; << Por el contrato de alojamiento, el titular de un establecimiento se obliga frente a su cliente a cederle el uso de una o varias habitaciones o dependencias, así como a la custodia de su equipaje y a prestarle otros servicios, a cambio de una contraprestación en dinero>>.

²⁸ Para completar la explicación véase; EVA DESDENTADO DAROCA, FERNANDO DÍAZ VALES, DE LA ENCARNACIÓN (2016) y GUILLÉN NAVARRO (2015).

De esta suerte, si acudimos al art.5.e) LAU, este únicamente asienta una mera definición de las VUT y la Ley 4/2013, de 4 de junio, que es el origen de dicho artículo, no establece concepto alguno sino que únicamente habla de alojamiento privado para el turismo.

La delimitación conceptual sin concepto del alojamiento turístico y la ausencia de determinación de un criterio genérico de diferenciación entre el arrendamiento de temporada, que seguirá rigiéndose por los pactos entre las partes, la LAU y el Código Civil y el arrendamiento de viviendas para un uso turístico, que se regirán por la normativa sectorial, se ha traducido en una regulación autonómica heterogénea y en muchas ocasiones, confusa y desconcertante.

El primero de los problemas surgidos a consecuencia de ello es que, en el panorama autonómico, para hacer referencia a la modalidad de alojamiento turístico en viviendas de particulares, existen numerosas denominaciones; algunas Comunidades Autónomas como Aragón, País Vasco, Cataluña, Comunidad de Madrid o Valenciana, se refieren a él cómo viviendas de uso turístico (VUT), por su parte, Andalucía las regula bajo el concepto de viviendas con finalidad turística (VFT), mientras que Canarias, Extremadura o Asturias como viviendas vacacionales (VV) o las Islas Baleares como estancias turísticas en viviendas de uso residencial.

A raíz de ello, vemos que la denominación de las VUT en las diferentes Comunidades Autónomas se asemeja, pero la falta de una regulación estatal, ha dado también lugar a una importante heterogeneidad a la hora de interpretar los requisitos para determinar cuando estamos ante un alojamiento de uso turístico y cuando no, que expondré a continuación.

b) Inexactitud en los requisitos de exclusión.

La exclusión efectuada por el apartado e) del art.5. LAU es incompleta en que, no todo arrendamiento de temporada para un uso turístico o vacacional se ve excluido de su ámbito de aplicación y ante el panorama de gran diversidad regulatoria que

existe en las distintas CCAA, resulta que estas han introducido otros criterios de exclusión teniendo en cuenta la temporalidad, la tipología de cesión, el equipamiento que debe reunir la vivienda, la capacidad máxima o los requisitos de comercialización.

En primer lugar, debe tratarse de una cesión temporal de la totalidad de la vivienda y en consecuencia, la cesión parcial de una vivienda, por habitaciones o estancias, no encajaría en la exclusión prevista en la LAU, lo cual nos genera el problema de determinar qué normativa debe aplicarse a esta figura. Al respecto, hay quienes entienden que esta figura quedaría excluida de la LAU y sería regulada por las normas del Código Civil, al interpretar que no estamos ni ante un arrendamiento con uso de vivienda ni para uso distinto en tanto en cuanto no recae sobre una edificación ²⁹ y para otros, sería un arrendamiento sometido a la LAU, y más concretamente, al arrendamiento de uso distinto por entender que no concurre ninguna exclusión de las mismas en la LAU³⁰.

En segundo término, se exige para que concurra la exclusión que la vivienda esté equipada en condiciones de uso inmediato. La normativa autonomía ha sido mucho más estricta y ha venido exigiendo una serie de condiciones y servicios, a veces desorbitados, de habitabilidad, seguridad, accesibilidad, salubridad como la necesaria existencia de microondas y cafetera o perchas no deformables por parte del Reglamento canario; en el baño, soporte para el papel higiénico y balda para objetos de tocador en el caso del Decreto asturiano o la consideración como servicio mínimo la televisión en el Decreto murciano.

Estas pintorescas exigencias ponen de relieve que la intervención administrativa es, en ocasiones, excesiva, desproporcionada y carente de toda justificación. En esta línea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha sido actora en diversos recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 3.^a, de 20 de mayo de 2010 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 4.^a, de 8 de mayo de 2008.

³⁰ Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 4.^a, de 1 de febrero de 2010 y de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 14º, de 13 de diciembre de 2006.

sendas normativas autonómicas³¹, denunciando que algunas exigencias suponen un verdadero obstáculo a la libertad de empresa y a la libre competencia en el mercado³², lo cual acabará repercutiendo negativamente en el conjunto de la sociedad.

En tercer lugar, la vivienda ha de ser comercializada o promocionada en canales de oferta turística con una finalidad lucrativa, y para el caso de que este tipo de alojamiento no se comercializa a través de “canales de oferta turística” o se trate de una transacción carente de contraprestación mediante precio como puede ser un intercambio de inmuebles o una cesión gratuita de la vivienda, resulta que tampoco tendrán cabida en la exclusión.

Por último, es necesario que la cesión esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial y en caso de no ser así, no operará la exclusión contenida en el apartado e) del art.5 LAU y el régimen del arrendamiento vacacional en ausencia de normativa sectorial específica sería el del arrendamiento de temporada. Es decir, que para el caso de que no exista normativa sectorial autonomía específica, les será de aplicación a los alquileres turísticos la regulación del arrendamiento para uso distinto de la LAU, como arrendamiento de temporada.

Vista la exigencia de diversos criterios por parte de las CCAA, además de los recogidos en la LAU para que quede sometida la VUT a la normativa sectorial, cabe preguntarnos qué sucedería si la cesión de la vivienda para un uso vacacional,

³¹ La actuación de la CNMC ha ocasionado la derogación de diversas disposiciones reglamentarias de la Comunidad de Madrid (STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016- RJCA 2016,760), en Canarias (STSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017- RJCA 2017,645,) y Castilla y León (STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 2018 – RJCA- 2018,5).

³² El Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid (art 17.3) establece que la contratación de las viviendas de uso turístico no podrá ser inferior a 5 días, una restricción que ha sido anulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid en su sentencia de 31 de mayo de 2016, al considerar que tal limitación no responde, tal y como veía sosteniendo el decreto, a exigencias ni de necesidad, proporcionalidad y lucha contra la opacidad fiscal.

cumple con los requisitos de exclusión del art.5.e) de la LAU pero no con los requisitos adicionales exigidos por el legislador autonómico.

Al respecto, hay quienes sostienen que dicho incumplimiento de los requisitos administrativos adicionales exigidos por la normativa autonómica implican que la actividad está prohibida. Pero esta interpretación no parece acertada a la luz de los preceptos constitucionales y lleva a autores como CAMPUZANO TOMÉ³³ a razonar que, en tales casos, la cesión de la vivienda quedaría sujeta a otro marco normativo. Pero, ¿a qué marco normativo?

Pues bien, una vez descartada la aplicación de la LAU por entender que concurren los requisitos de exclusión del apartado e) art.5 e incumpliéndose las exigencias adicionales requeridas por el legislador autonómico, la solución más sensata y prudente sería acudir al Código civil que regula el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas en su art.1546 y ss.

En definitiva, esta heterogeneidad se traduce en que ya han comenzado a alzarse cuantiosas voces que reclaman la conveniencia de una unificación en el territorio nacional de los requisitos³⁴, en aras de evitar las desventajas entre unos destinos y otros y garantizar unas condiciones mínimas de protección para el usuario y lucha contra la económica sumergida y el fraude fiscal.

c) Ausencia de una remisión uniforme a la normativa sectorial

Se trata además, de una exclusión parcial si tenemos en cuenta la falta de uniformidad de la normativa sectorial a la que se remite la LAU, y en contra del objetivo pretendido que era aportar seguridad jurídica, está ocasionando graves problemas a la hora de delimitar el supuesto excluido de la ley arrendaticia.

³³ CAMPUZANO TOMÉ, op.cit., p.1226.

³⁴ En este sentido, ROMÁN SÁNCHEZ, I.M., PAVLOVA,N., N., NIETO,J.L y BONDILLO, D. << La legislación sobre los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en España, Comparativa por Comunidades Autónomas>> *International Journal of Scientific Management and Tourism*, núm 3-4, 2017.

Interesa ahora enfocarnos en que la exclusión efectuada por el apartado e) art.5 LAU opera solo en el caso en que dicho contrato queda sometido a una legislación sectorial específica y que solo puede provenir de las CCAA con competencia en materia turística *ex art.148.18^a CE.*

Llegados a este punto, cabe preguntarnos sí la normativa sectorial de las distintas CCAA puede regular todos los aspectos de este tipo de contratos. Y la respuesta debe ser rotundamente no. A luz de los preceptos constitucionales y singularmente de lo dispuesto en el art.149.1.8^a CE, resulta que, si bien en virtud del art.148.18^a CE, todos los legisladores autonómicos son competentes para dictar normas de ordenación de la actividad económica del alojamiento turístico, no puede predicarse, en cambio, lo mismo para regulas las obligaciones que genera dicha actividad entre particulares.

Lo cierto es que, la regulación del contenido del contrato de alojamiento vacacional celebrado entre el titular del alojamiento y el usuario, corresponde al Estado por tratarse de una materia de naturaleza contractual que produce efectos *inter privatos*³⁵, o a aquellas CCAA que ostentan un derecho civil foral o especial propio.

Esta referencia a la legislación sectorial no fue libre de disputa, ya que, por un lado, el legislador estatal expulsa de la LAU los contratos de cesión de la vivienda turística, lo que conlleva que su contenido obligacional no esté sujeto a la normativa arrendaticia y renuncia a establecer un régimen, al menos en lo básico, uniforme para tales arrendamientos, y al mismo tiempo, la falta de competencia en materia civil que puede predicarse de la mayor parte de las CCAA de nuestro país, salvo aquellas que tengan un derecho foral propio, les impiden a estas regular los aspectos civiles de esta modalidad contractual.

³⁵ La STC 28/2012, de 1 de marzo, abunda en la diferenciación entre << lo que es regulación de las relaciones inter privados, y de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, pues las primeras constituyen reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil>>.

Entonces, ¿Qué pretendía conseguir el legislador estatal con la reforma introducida por la Ley 4/2013? Si la pretensión de este era, en palabras de MARTINEZ CANELLAS³⁶ << habilitar a las Comunidades Autónomas para regular el contenido jurídico privado de los contratos de alojamiento, permitiéndoles, por ejemplo, prohibir ciertas modalidades contractuales, debería haberlo hecho mediante una disposición con rango de Ley Orgánica, que no es el caso>>.

La consecuencia de ello es que, esta pretendida legitimación *contra legem*, esto es, contraria con la Constitución, supone que las disposiciones de aquellas CCAA que carecen de derecho civil propio, relativas a la perfección, contenido o régimen de extinción del contrario, carecen de cualquier trascendencia jurídica y contradicen los mandatos constitucionales.

Corresponde por tanto, de forma exclusiva al Estado, virtud del art.149.1.8^a CE, la regulación de los aspectos civiles del contrato no pudiendo ser objeto de regulación por parte de las autonomías a través de normas administrativas. De ello surge la necesidad de delimitar cuáles son los aspectos puramente administrativos de aquellos civiles del contrato³⁷ al no convertir la existencia de normativa sectorial el contrato, que seguirá siendo civil, en administrativo.

Para llevar a cabo tal delimitación, debe tenerse en consideración que no todas las Comunidades Autónomas cuenta con normativa al respecto, lo cual genera no poca dificultad, pues si tenemos en cuenta el que RD 39/2010, de 15 de enero, por el que se deroga diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, entre ellas el RD 2877/1982 sobre ordenación de apartamentos y viviendas vacaciones, conllevó que este último no pudiera aplicarse de forma supletoria en esta materia en caso de inexistencia de regulación autonómica, resulta que el único marco regulatorio de esta figura vendrá determinado por la voluntad

³⁶ Vid. MARTINEZ CAÑELLAS, , “La cesión...”, cit., págs.157-158

³⁷ En tal sentido, SAN JULIÁN PUIG, V., <El contrato de hospedaje ¿Derecho común del alojamiento>> ..., cit.,pp.119 y ss.

de las partes, por ley arrendaticia y en lo no dispuesto en ella, por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenidas en el CC.

Mientras que, en aquellas Comunidades Autónomas que hayan desarrollado normativa específica en la materia, los aspectos civiles tales como la perfección, el contenido, la eficacia o ineficacia del contrato, se regirán por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenido en el Código Civil que proporciona una gran autonomía de voluntad a las partes (art.1255) y los aspectos administrativos se someterán a lo dispuesto en la normativa sectorial de carácter reglamentario regulada por las CCAA.

El conflicto no se genera en aquellas CCAA que no disponen de normativa sectorial sobre viviendas de uso turístico, pues en estas, la legislación aplicable es clara, sino en torno a aquellas que sí cuentan con normativa sectorial sobre la materia, lo cual ha supuesto un pretexto para llevar a cabo una exhaustiva reglamentación administrativa por parte de las autonomías que en ocasiones se exceden de sus competencias y que desarrollaré de forma breve a continuación.

En aquellas CCAA que han desarrollado una normativa sectorial para afrontar el fenómeno del alojamiento vacacional, tal y como apunta HERRERO SUÁREZ³⁸, los argumentos que fundamental tal reglamentación autonómica se sustentan en el otorgamiento de mayores garantías a los usuarios, razones de seguridad pública, la necesidad de hacer frente a la competencia desleal que puede generar este tipo de viviendas respecto a otros establecimientos turísticos, la protección de los vecinos frente a las molestias, del medio ambiente o del entorno urbano.

Utilizando los mencionados argumentos, las CCAA han establecido distintos mecanismos de control, algunos de ellos muy conflictivos, para frenar el fenómeno de las viviendas turísticas, como el sometimiento a autorización administrativa³⁹,

³⁸ HERRERO SUÁREZ, C., << Las viviendas de uso turístico, ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos>>, en la *Revista de Estudios Europeos*, N°70, 2017, p. 151.

³⁹ Art 34 del Decreto 75/2005, de 24 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales, de Murcia

declaración responsable o comunicación previa⁴⁰, la inscripción en Registro turístico correspondiente etc.

Otros mecanismos utilizados por las autonomías han infringido claramente la distribución competencial. Este es el caso del decreto andaluz cuyo art.5 admite dos tipos de viviendas con fines turísticos; completas y por habitaciones quedando ambas modalidades sometidas a las prescripciones de la normativa autonómica. También el decreto asturiano, distingue entre viviendas vacacionales (art.4) y viviendas de uso turístico (art.12) prohibiendo en las primeras la cesión parcial y permitiendo en las segundas el alquiler por habitaciones. Estas normativas procedentes del legislador autonómico modifican el ámbito de aplicación de una norma estatal como es el art.5 e) LAU careciendo de toda competencia en materia civil.

Por otro lado, algunas CCAA excluyen el régimen propio de las viviendas vacacionales en determinados tipos de suelo o en relación con determinada tipología edificatoria lo cual ha obligado al poder judicial a pronunciarse sobre la ausencia de cobertura legal para llevar a cabo este tipo de regulación; es el caso de la STSJ Canarias de 2017⁴¹ que tuvo que dar un toque de atención a la Comunidad y recordarle la falta de sustento legal de esta actuación.

⁴⁰ Art. 18 Ordenanza de San Sebastián Reguladora del Uso Urbanístico de Vivienda Turística y Alquiler de Habitaciones en Vivienda Habitual para Uso Turístico.

⁴¹ STSJ Canarias de 25 de mayo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, que anula el art 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del Decreto 113/2015 de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, al considerar que la exclusión que dicho precepto impugnado hace carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias- Ley 2/2013 de 29 de mayo-, y además, infringe claramente la libertad de empresa (art 38 CE) y la libertad de prestación de servicios.

IV. EL IMPACTO DEL ALOJAMIENTO EN VIVIENDAS TURÍSTICAS

Como todo fenómeno atractivo y novedoso, la utilización de viviendas para destinarlas a un uso turístico no ha estado exenta de polémica. Su implantación acarrea un largo listado de comentarios críticos que se contrarrestan con los aspectos positivos que ofrece y que se analizaran a continuación.

i. La postura del sector hotelero.

El turismo en VUT se ha convertido en un fuerte competidor del sector hotelero, ofreciéndose como una alternativa al sistema tradicional de alojamiento. Según el VI Barómetro del Alquiler Vacacional en España 2019, elaborado por la plataforma HomeAway, la las viviendas vacacionales se ha consolidado como un competidor directo de los hoteles. Este hecho no ha dejado indiferente al sector hotelero y ha desatado una auténtica batalla.

Desde el sector hotelero denuncian que esta nueva modalidad de alojamiento no opera bajo las mismas reglas del juego que los establecimientos tradicionales y además, su implantación conlleva repercusiones negativas incontrolables como el tráfico sin control de personas; un aumento de la económica sumergida, problemas vecinales, sobreexplotación de los destinos turísticos y una merma de la calidad de la oferta turística del país.

En este sentido, Mar de Miguel, secretaria general de la Asociación Empresarial Hotelera de Madrid (AEHM), en una entrevista realizada en el año 2018 para el periódico La Razón⁴², apunta que el sector hotelero lleva años intentando mejorar los servicios de calidad y excelencia, contribuyendo con ello en la imagen que se proyecta de Madrid. No obstante, resalta que la irrupción de los alojamientos

⁴² Vid; De Miguel <https://www.larazon.es/economia/el-sector-hotelero-el-gran-perjudicado-por-las-viviendas-de-uso-turistico-LE18498452/>

turísticos está poniendo en peligro el modelo de turismo de calidad y sostenibilidad que si que ofrecen los hoteles.

Por su parte, en el V Congreso de Viviendas Turísticas Vacacionales de Ibiza⁴³, expertos del tema, como Carlos Pérez-Lanzac, acusan a los hoteleros de haber “demonizado” este sector del alojamiento al haber conseguido que la vivienda vacacional se perciba como la responsable del aumento de los precios del alquiler y de los problemas de convivencia con los vecinos.

Ante estas dos posturas contrarias, lo óptimo sería llevar a cabo una conciliación entre ambos sectores turísticos dado que el uno y el otro son negocios viables y pueden ser complementarios. Los hoteles y las viviendas vacacionales no ofrecen el mismo producto ni tampoco van dirigidos al mismo tipo de usuario. El sector hotelero ofrece una mayor cantidad de servicios a los huéspedes como spa, restauración etc debiendo atender por ello un gran número de normativas, mientras que las viviendas turísticas no ofrecen estas prestaciones, razón por la cual el ejercicio de su actividad no puede quedar sujeto a la misma normativa.

Teniendo en cuenta que el turismo es una gran fuente de ingresos para España, lo ideal sería que tanto la normativa reguladora del sector hotelero como el de viviendas turísticas generaran seguridad jurídica, eficiencia y respeto de los intereses generales, empero, lo cierto es que, la regulación de este nuevo tipo de alojamiento, es, desde la reforma de 2013, muy heterogénea y confusa, de ahí la necesidad de llevar a cabo una regulación adecuada que genere certidumbre jurídica.

ii. La sensación causada por la masificación de VUT

Otro de los inconvenientes de esta nueva modalidad de alojamiento es la gentrificación; el alquiler de corta duración que resulta más rentable frente al alojamiento de larga duración ha provocado que los residentes habituales de las

⁴³ Vid; <http://avat-ibiza.com/blog/resumen-v-congreso-de-viviendas-turisticas-de-ibiza-11-oct>

zonas céntricas de la ciudad se vean expulsados de los mismos ante el encarecimiento del alquiler en el centro de las ciudades. Por ejemplo, en el barrio de Sol en Madrid, el 31 % de las viviendas se dedican a VUT (Ayuntamiento de Madrid & RED2RED, 2017)⁴⁴

La masificación turística en determinadas zonas ha provocado la aparición de conductas que repulsa esta modalidad de turismo al entender que los efectos de las VUT están destruyendo el tejido urbano y deteriorando la calidad de vida y de convivencia ciudadana de la población local. En este sentido, me remito al informe elaborado por Excltur (2015)⁴⁵ que apunta entre otros datos que, el 58% de las asociaciones de vecinos encuestadas consideran que a causa del fenómeno de la VUT, la calidad de vida en el barrio ha empeorado o el 75% de ellos considera que han supuesto un incremento en el desgaste de los espacios comunes y la necesidad de más limpieza de los mismos.

Los brotes de turismofobia son siempre indeseables y más en un país como España, en el cual el sector turístico es crucial en la economía nacional.

iii. La responsabilidad de los intermediarios en las VUT

Diferente cuestión de la tratada anteriormente, pero de un indudable interés, es la responsabilidad de las plataformas digitales que operan en el marco de las VUT. La función de estas plataformas como he mencionado anteriormente es poner en contacto al prestador de servicios con el usuario habiendo una remuneración por medio.

⁴⁴

[https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCMedios/noticias/2017/05Mayo/05v_iernes/Notasprensa/ficheros/Informe_final_5_mayo%20viviendas%20uso%20tur%C3%ADstico%20\(1\).pdf](https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCMedios/noticias/2017/05Mayo/05v_iernes/Notasprensa/ficheros/Informe_final_5_mayo%20viviendas%20uso%20tur%C3%ADstico%20(1).pdf)

⁴⁵ Excltur; “Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: Impactos y retos asociados” , 24 de junio de 2015.

El TJUE en el asunto C-390/18⁴⁶, viene a clarificar el cada vez más complejo régimen legal de estas plataformas digitales llevándole a concluir que plataformas como Airbnb son prestadores de servicios de la sociedad de la información y como tales, su responsabilidad se encuentra determinada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

De acuerdo con el art.17 de la citada norma, el prestador de servicio no es responsable del contenido de la información promocionada, siendo únicamente responsable cuando tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita o puede lesionar derechos de terceros y no actúe con diligencia para retirar los datos. De ahí que, plataformas como Airbnb, recojan en los términos de servicios que recoge en su página web⁴⁷ que esta no es arrendataria, propietaria, intermediaria, gestora ni tienen relación alguna con los contratos celebrados entre el anfitrión y el huésped. Aclara que no ostenta ningún tipo de responsabilidad en relación con la estancia vacacional.

Dada su importante intervención en el alquiler de viviendas turísticas, cabría preguntarnos si este régimen de responsabilidad es proporcional. No obstante, pese al indudable interés jurídico que presenta esta cuestión, un estudio adecuado de la misma requeriría un informe minucioso para poder alcanzar una conclusión, y por no ser el objeto de estudio en el presente Trabajo Fin de Grado, no me adentraré con mayor detalle en su estudio.

iv. Viviendas turísticas y comunidades de vecinos; un posible caso de abuso de derecho.

Teniendo en cuenta los problemas de convivencia que puede generar la proliferación de las VUT, resulta de especial interés prestar atención a los medios que confiere el Derecho civil para solventarlos.

⁴⁶ Vid <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221791&doclang=es>

⁴⁷ Vid <https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio>

La coexistencia de viviendas residenciales y viviendas vacacionales dentro de un mismo régimen de propiedad horizontal, ha dado lugar a distintas posturas por parte de las CCAA para afrontar esta situación; algunas omiten flagrantemente la cuestión como la normativa andaluza⁴⁸ y otras simplemente la prohíben como la normativa asturiana⁴⁹. No obstante, lo cierto es que la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH), recoge numerosas medidas para solucionar los conflictos surgidos en torno a esta materia y que se pueden extrapolar y aplicar, aunque con matizaciones, a los casos en que la actividad de dichas VUT se produzca fuera del ámbito de la propiedad horizontal.

La mayor parte de la problemática que se genera en relación con esta figura en el ámbito de las comunidades de vecinos son las posibles actividades llevadas a cabo por los huéspedes-clientes de los pisos, susceptibles de ser molestas para el resto de vecinos. Ante tales situaciones, la reacción habitual de las comunidades ha sido dirigirse al propietario de la vivienda turística amparándose en el art.7.2 LPH que dispone lo siguiente <<Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble, actividades prohibidas en los estatutos que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas>>.

Partiendo del hecho de que los alquileres turísticos no son, por sí mismos, una actividad molesta, tal y como lo ha venido apuntando la jurisprudencia⁵⁰, lo cierto es que en algunas ocasiones este tipo de actividades sí que puede generar molestias de diverso tipo, de ahí que muchas comunidades de vecinos las hayan querido prevenir.

⁴⁸ Decreto andaluz 28/2016, de 2 de febrero, solo exige en prevención de la convivencia vecinal, el deber de informar al huésped, con la entrega de las llaves, sobre las normas de uso de los elementos y las instalaciones comunes.

⁴⁹ Decreto asturiano 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.

⁵⁰ SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 o de 19 de mayo 2016.

En un primer momento, el TS entendió que la alusión al término “vivienda” en el título constitutivo o en los Estatutos de la comunidad, suponía que el único uso admitido era el residencial o de morada resultando con ello el uso turístico prohibido y debiendo operar el art.7.2 LPH en tanto en cuanto este impide desarrollar actividades no permitidas en los estatutos⁵¹.

Con el tiempo, se superó esta interpretación al entender que en nuestro Derecho rige, como principio general, la libertad del dominio en su ejercicio, debiéndose presumir esta salvo que se demuestre lo contrario y en virtud de ello, solo cabe restringir el uso turístico de una vivienda en una comunidad de propietarios cuando el título constitutivo o los Estatutos contenga una prohibición clara y expresa en tal sentido⁵² bastando con que no haya tal prohibición al respecto para obtener la oportuna licencia administrativa para destinar la vivienda a un uso turístico en régimen de propiedad horizontal.

Pero, ¿acaso tal prohibición clara y expresa contenida en el título constitutivo o en los Estatutos de la actividad turística en las viviendas es lícita teniendo en cuenta que restringe el uso de una propiedad privada? El TC⁵³ ya aclaró en su momento que las restricciones, legales o estatutarias, del derecho de goce de los pisos en las comunidades de vecinos no son, por sí mismas, inconstitucionales por infringirse el art 33 CE, siempre y cuando éstas respondan a la función social que el propio art 33.2 CE somete la propiedad privada. Para el caso de la prohibición estatutaria del uso turístico de la vivienda, la misma operaría como una medida preventiva para evitar que las VUT generen actividades molestas que están expresamente prohibidas por el art 7.2 LPH.

⁵¹ STS de 23 de noviembre de 1995.

⁵² STS de 27 de noviembre de 2008.

⁵³ STC 301/1993, de 21 de octubre y 28/1998 de 8 de marzo. Esta tesis del TC es recogida en la STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2016.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta los beneficios que otorgan las VUT, cabe preguntarnos si no existe otra solución al problema. Cerdeira Bravo de Mansilla⁵⁴ sostiene la postura, y que humildemente comarto, que otra solución al problema sería admitir el uso turístico de la vivienda, pero con un incremento en las cuotas de gasto por el posible “uso excesivo” de los elementos comunes que tal destino turístico de la vivienda puede generar.

Al respecto, debemos de partir del art.9.1 LPH que exige que se lleve a cabo un uso adecuado tanto de los elementos comunes como de los privativos y el significado de dicha exigencia es evitar un uso desproporcionado e ilimitado de los elementos comunes que pueda molestar o impedir a los demás propietarios servirse de ellos⁵⁵. Se trata por tanto de que el uso de los elementos comunes se haga en proporción a la cuota de participación.

Ante ello, cabría replantearnos si el continuo trasiego de huéspedes que utilizan inevitablemente diversos elementos comunes de la comunidad no supone un uso desproporcionado del derecho de uso que tiene el dueño de la vivienda turística de los mismos. Atendiendo a la lógica, la respuesta parece ser afirmativa.

El uso que realizarían los huéspedes que reciba el propietario en la VUT de los elementos comunes resultaría excesivo en comparación con el que realicen el resto de propietarios y por consiguiente, podría suponer un caso de abuso de derecho por parte del primero y que la ley no ampara de conformidad con el art.7.2 Cc << Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización...>>.

⁵⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.; *Revista de Derecho Privado* nº 01/2018., 36 (53-88).

⁵⁵ Postura adoptada por Zurilla Cariñana en los comentarios a la LPH dirigidos por Bercovitz, p. 278.

Poniendo en relación el mencionado art.7.2 Cc con el uso de los elementos comunes por parte de los diferentes huéspedes, resulta que por las circunstancias en las que se realiza, sí que cabría entender que el mismo puede sobrepasar manifiestamente el límite normal del ejercicio del derecho de uso de los elementos comunes del propietario de la VUT, ocasionando con ello un perjuicio a terceros como por ejemplo un desgaste precipitado del mobiliario común.

El mencionado abuso de derecho por parte del propietario de la VUT podría ser “compensado” por decirlo de alguna manera, a través de un incremento de la cuantía de participación a los gastos de administración de los elementos comunes de conformidad con el art.9.1.e LPH.

Fuera del régimen de propiedad horizontal, cuando la existencia de viviendas turísticas genera problemas de convivencia, el Derecho civil, con la finalidad de lograr una normal convivencia entre particulares, protege al titular perjudicado por actividades molestas o dañosas desarrolladas en las viviendas de uso turístico permitiéndole solicitar la cesación de dichas actividades y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

No obstante, en tales casos, cabe destacar que el Código Civil⁵⁶ carece de un precepto que establezca una prohibición expresa de dichas actividades y por ello, la doctrina⁵⁷ y la jurisprudencia⁵⁸ han venido considerando que procede la aplicación de la prohibición genérica del abuso de derecho consagrada en el art.7.2 Cc, de tal forma que, si la actividad sobrepasa los “límites normales” del derecho de propiedad ocasionando daños o molestias, los vecinos podrá actuar contra ello o bien con base al art.1908.2 Cc o bien en el art.1902 CC.

⁵⁶ Otras normas civiles también establecen límites a las VUT como el art 543-13, 543-14 del Código Civil Catalán, art.367 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o el art.538 del Código de Derecho Foral de Aragón.

⁵⁷ *Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012:147-151).*

⁵⁸ STS de 12 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4747).

A la vista de todo lo expuesto, los mecanismos de protección conferidos por la LPH o el Cc puede decirse que, en términos generales, son adecuados y proporcionados al proporcionar a los propietarios herramientas para hacer frente a aquellas actividades que pueden resultar molestas y sin que ello suponga un menoscabo desmesurado del derecho de los propietarios de las viviendas con fines turísticos a obtener un rendimiento económico a través de ellas.

V. CONCLUSIONES

1. La incidencia de la economía colaborativa es más que evidente en el sector del alojamiento si tenemos en cuenta las repercusiones en las que ha desembocado. La publicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, comúnmente denominada <<ley paraguas>>⁵⁹ sentó las bases para que los particulares comenzaran a ofrecer sus viviendas a turistas sin necesidad de autorización alguna. Si a ello le unimos la irrupción del uso de las nuevas tecnologías y la aparición de plataformas digitales que operan, como intermediarios a cambio de una remuneración, en un ambiente de crisis económica en el cual los particulares comienzan a percatarse de la mayor rentabilidad que ofrecen los arrendamientos turísticos frente al arrendamiento tradicional, resulta que el éxito de la cesión de inmuebles para su uso turístico era más que evidente.
2. La expansión de este tipo de alojamiento probablemente resulte imparable si tenemos en cuenta que está protagonizado principalmente por colectivos jóvenes que están abandonando los hábitos de consumo tradicionales. Las indudables ventajas que ofrece este tipo de alojamiento; rentabilización de bienes infrautilizados; obtención de ingresos extra; buena relación calidad-precio explican el por qué de su protagonismo y los aparejados problemas que conlleva; la opacidad fiscal, dificultades en la convivencia vecinal; gentrificación y turistificación han dado lugar a que los legisladores autonómicos pisaran el acelerador para regular este fenómeno e intentar apalear los inconvenientes que genera.

⁵⁹ Ley a través de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 126/2006/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

3. La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio que introdujo el ya conocido y conflictivo apartado e) del art.5 LAU, se debió, en gran parte, a las presiones del sector hotelero si atendemos a la propia exposición de motivos de la misma << en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos>>.
4. La deficiente reforma provoca que el actual régimen jurídico civil de la cesión de viviendas para su uso turístico presente graves defectos que, en contra de la deseable seguridad jurídica que cabría esperar, genera una inseguridad sumarial titánica. La definición sin concepto de la propia figura aportada por el legislador y una insuficiente exclusión de las VUT de la normativa arrendaticia efectuada en el apartado e) art.5 LAU, sumada a la incompleta remisión de la LAU a la normativa sectorial, pone de manifiesto la dejadez y el desinterés del legislador estatal de regular una materia que tiene una gran trascendencia en la economía española.
5. Si además, a las ya citadas insuficientes le añadimos la falta de una propuesta de regulación mínima unitaria por parte del legislador estatal aplicable a la relación jurídica privada que vincula a las partes y teniendo en cuenta que solo aquellas CCAA que ostenten un derecho civil o foral propio pueden regular el contenido del contrato de VUT, resulta que el panorama normativo que rodea la figura de la cesión de viviendas para un uso turístico es más que preocupante.
6. Llegados a este punto y resultando que el legislador estatal excluye de la LAU los contratos de viviendas turísticas remitiendo su regulación, desde la perspectiva administrativa a las CCAA, y a la vez, tampoco otorga un entramado normativo unitario aplicable al contenido de este tipo de contratos, provoca, en últimos términos, una gran heterogeneidad de normas que regulan este fenómeno. Asimismo, esta tardanza del legislador civil de establecer el régimen sustantivo de

los contratos turísticos ha provocado una invasión del Derecho Administrativo en el espacio que le es propio al Derecho civil y ello no está exento de problemas.

7. Ante tal caótica e insuficiente regulación, resulta necesario que el legislador estatal comience a asumir y ejercer sus competencias *ex art. 149.1.8^a*, debiendo elaborar una ley que regule el alquiler vacacional a nivel nacional con la finalidad de suprimir, por un lado, la heterogeneidad normativa existente en las diversas CCAA y por otro, la extralimitación competencial que puede producirse por parte de algunas CCAA; aquellas que no ostentan un derecho civil o foral propio y que por tanto carecen de competencias para regular materias civiles, y que han dado lugar a diversas sentencias que han decretado la nulidad de algunos preceptos de las normas autonómicas por entender que estas se habían extralimitado en sus competencias.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- AIRBNB: Noticias sobre nosotros. Disponible en <https://news.airbnb.com/about-us/>
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., y BURRILLO SÁNCHEZ, F.J., “La economía llamada “colaborativa”, en AAVV. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Aranzadi, 2017, pp.53-55.
- ALGAR, R. (2007): “Collaborative consumption”, Leisure Report, 2007.
- AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA (2018): *Informe sobre la ordenanza reguladora del uso urbanístico de la vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián.* Proyecto LEA/AVC nº 250-PROMO-2017. Disponible en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informe_s/adjuntos/250_INFORME_ORDENACION_URBANA_DONOSTIA_web_es.pdf
- AZNAR TRAVAL, A. (2017): *Economía colaborativa, alojamiento y transporte.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.: << Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de julio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas>>, en *Actualidad civil*, 5 de julio 2013.
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2010): *What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Ed. Harper Collins, New York.
- CABEZUELO ARENAS, A.L: <<Edificios sometidos a propiedad horizontal y arrendamiento turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, mayo, 2018.
- CAMPUZANO TOMÉ, H << El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y la legislación turística autonómica>>, RCDI, Nº 749, pp. 1205-1206.

- CAÑIGUERAL, A. Vivir mejor con menos: Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa. Editorial Conecta, 2014.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). <<Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje>>, Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol.2, nº6 .
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: <<El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad>>, en Revista de Derecho Privado, núm. 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88.
- COMISIÓN EUROPEA: Las plataformas en línea y el mercado único digital- Retos y oportunidades para Europa- (2016). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288&qid=1625567864884>
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO Y DE LA COMPETENCIA “Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, marzo, 2016”:
<https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2016): Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la economía colaborativa y la autorregulación (2016/C 303/05).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE0933>
- COMISTÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2014): Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from>
- DE LA ENCARNACIÓN, A.M^a (2018). << ¿Es un requisito constitutivo del contrato de arrendamiento de vivienda de uso turístico la prestación de servicios adicionales?>>, En cuestión jurídica, septiembre,, Editorial Sepín.

- “ ” (2016). << El alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales>> Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época, núm.5.
- DESDENTADO DAROCA, E. (2018) << Viviendas de uso turístico y Derecho Administrativo>>, en DESDENTADO DAROCA, E. et al., *Los problemas jurídicos de << Alojamiento colaborativo>>*: un estudio interdisciplinar, Fundación Alternativas.
- DÍAZ VALES, F. (2018). << Viviendas de uso turístico y Derecho civil>>, en DESDENTADO DAROCA, E. et al, *Los problemas jurídicos del << Alojamiento colaborativo>>*: un estudio interdisciplinar, Fundación Alternativas.
- DÍEZ-PICAZO, L. & GULLÓN BALLESTEROS, A.: <<Los derechos reales en particular>>. *Tecnos*, 2012 (8 edición).
- EXELTUR (2015): Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados. Disponible en: <https://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf>
- FELSON, M. & SPAETH, J. (1978): “Community Structure and Collaborative Consumption A Routine Activity Approach”, *The American Behavioral Scientist*, Mar/Apr.
- GARCÍA GARCÍA, J.A: <<Régimen jurídico de las viviendas vacacionales y competencias legislativas de las Comunidades Autónomas>>, en *Retomando las tendencias de la vivienda*, Valencia, 2018.
- GUILLÉN NAVARRO: <<La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español>>, *Revista Aragonesa de Administraciones Pùblicas*.
- HERRERO SUÁREZ, C., << Las viviendas de uso turístico, ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos>>, en la *Revista de Estudios Europeos*, N°70, 2017.

- HINOJO&SOBRINO; “El desarrollo de la economía colaborativa y los modos digitales de prestación de servicios”, Boletín Económico de ICE 3086 del 1 al 30 de abril de 2017.
- HOMEAWAY (2019), VI barómetro del alquiler vacacional en España. Universidad de Salamanca. Disponible en:
https://resources.homeaway.es/info/files/live/sites/es/files/shared/HomeAwayLab/pdf/VI%20Bar%C3%B3metro%20del%20Alquiler%20Vacacional%20en%20Espa%C3%A1a%202020119--ts-2019-07-03T11%3A52%3A28_91805%3A00.pdf?gl=1*vxx3eu*gcl_aw*R0NMLjE1NjE1NDUyOTIuRUFJYUIR
- HOSTELTUR: *La economía compartida entra en el radar de la OMT*. Disponible en https://www.hosteltur.com/112838_economia-compartida-entra-radar-omt.html
- INE (2021): Viviendas turísticas en España, 2021MO2 por Comunidades Autónomas. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=39364#!tabs-grafico>
- JARNE MUÑOZ, P. (2016). El «prosumidor» como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (19), 41-51. Recuperado a partir de :
<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1127>.
- MAGRO SERVET, V.: Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y la normativa autonómica. *Revista de Jurisprudencia*, 1 de diciembre, 2017.
- MARTÍNEZ CANELLAS, A. (2014). << La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento de estancias turísticas en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos>>, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Baleares, núm. 15.
- MARTOS CALABRÚS, M.A (2014): El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho civil*. Vol.I, n.1, pp-91-102

- MIGUEL FERRER; Presente y futuro de las plataformas digitales; Revista de Estudios de Juventud, marzo 2018, nº 119.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L: Viviendas de uso turístico; régimen civil, administrativo y fiscal. Pp.208.
- REPRESA POLO.M.P (2014): <<Los contratos de hospedaje y reserva de alojamientos>>, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V. *Contratos de prestación de servicios y realización de obras*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2014): Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de arrendamientos urbanos. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. N° 6, pp.1-24.
- ROMÁN SÁNCHEZ, I.M., PAVLOVA,N., N., NIETO,J.L y BONDILLO, D. << La legislación sobre los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en España, Comparativa por Comunidades Autónomas>> *International Journal of Scientific Management and Tourism*, núm. 3-4, 2017.
- SAN JULIÁN PUIG, V.: <<El contrato de hospedaje ¿Derecho común del alojamiento?>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, nº 27, pp. 119-136.
- Vaughan, R. y Daverio, R. (2016), Evaluación del tamaño y la presencia de la economía colaborativa en Europa, PWC, Londres, Reino Unido. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2acb7619-b544-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en>
- ZURRILLA CARIÑANA, M^a.A. Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal/ coord., por Bercovitz Rodriguez-Cano.R.