

LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTUAL REGULACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: UNA CRÍTICA DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PRIVADA

The dubious constitutionality of the current autonomous community regulation on tourist accommodation: a critique from a private law perspective

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOZA
Universidad de Sevilla
jmbotello@us.es

Cómo citar/Citation

Botello Hermosa, J. M.^o (2024).

La dudosa constitucionalidad de la actual regulación autonómica en materia de viviendas de uso turístico: una crítica desde la perspectiva jurídico-privada.

Derecho Privado y Constitución, 45, 171-205.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.45.05>

(Recepción: 31/01/2024; aceptación tras revisión: 01/10/2024; publicación: 02/12/2024)

Resumen

En el presente artículo abordamos la eventual falta de competencia del legislador autonómico para regular las viviendas desde el punto de vista del derecho civil, identificando el instrumento jurídico que da origen a esta figura contractual y cuestionando la competencia de las comunidades autónomas para su delimitación.

Palabras clave

Legislación autonómica; legislación sobre viviendas de uso turístico; Estatus jurídico de profesional; contrato de hospedaje; arrendamiento vacacional.

Abstract

In this article we address the possible lack of competence of the autonomous community legislator to regulate housing from the point of view of civil law, identifying the legal instrument that gives rise to this contractual figure and questioning the competence of the autonomous communities for its delimitation.

Keywords

Autonomous community legislation; legislation on holiday dwellings; legal status of entrepreneur; accommodation contract; holiday lettings.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. UN RÉGIMEN JURÍDICO DESARROLLADO POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Un alojamiento expresamente excluido de la LAU. 2. Un alojamiento delimitado por la normativa autonómica: 2.1. *Los diferentes tipos de regulación*. 2.2. *Una hipótesis contraria al parecer mayoritario de la doctrina*. III. UN RÉGIMEN JURÍDICO DE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD: 1. La determinación del estatus jurídico de las partes. 2. Una competencia controvertida: 2.1. *La delimitación de la condición profesional como una competencia estatal*. 2.2. *Una propuesta de solución*. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO¹

El contrato de alquiler turístico está regulado actualmente por la práctica totalidad de las comunidades autónomas que tienen asumidas, a través de los distintos estatutos de autonomía, las competencias en materia de turismo en virtud del art. 148.1.18.º de la Constitución española (en adelante, CE), así como también aquellas en materia de protección a los consumidores y usuarios que comparten con el Estado (*ex art. 51 CE*), lo cual, en un principio, parece no generar ningún tipo de inconveniente. Sin embargo, uno de los aspectos controvertidos de la figura del alquiler turístico es el hecho de que, precisamente, la Administración autonómica, con la finalidad de garantizar la calidad y seguridad del servicio ofrecido al turista, delimita el estatus jurídico de los sujetos que intervienen en este, estableciendo, a través de los diferentes decretos autonómicos, cuándo un sujeto particular (no profesional) que arrienda ocasionalmente su vivienda debe ser considerado un arrendador profesional que realiza dicha actividad de forma habitual.

En efecto, actualmente, el legislador autonómico, a través del criterio de la habitualidad, es quien determina cuándo una actividad económica de alojamiento realizada de forma esporádica o no profesional, como es un arrendamiento vacacional, debe entenderse celebrada de forma habitual o profesional, dando lugar al alquiler turístico objeto de análisis. De esta forma, pensamos que la constitucionalidad de los diferentes decretos autonómicos que desarrollan esta figura es cuestionable, ya que el legislador autonómico, en virtud de los arts. 148.1.18.º y

¹ El contenido del presente trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación SEJ-617 «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado» de la Junta de Andalucía.

51 CE, al definir el criterio de la habitualidad, no solo estaría delimitando la figura del alquiler turístico con respecto a la del arrendamiento vacacional, sino que estaría igualmente determinando la condición jurídica de comerciante o profesional del arrendador y de consumidor y usuario del arrendatario, pudiéndose producir la invasión de una competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.6 CE, como es la regulación de la condición de comerciante o profesional.

II. UN RÉGIMEN JURÍDICO DESARROLLADO POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Para contextualizar el análisis de la constitucionalidad de los diferentes decretos autonómicos reguladores de los alquileres turísticos, debe tenerse presente que, si bien es cierto que, actualmente, su régimen jurídico es desarrollado por las comunidades autónomas, también lo es que su origen se encuentra en la exclusión expresa de los arrendamientos vacacionales del ámbito de aplicación de la LAU *ex art.* 5.e de esta misma normativa, de tal forma que la figura del alquiler turístico proviene de la del arrendamiento vacacional.

Una de las principales dificultades que presenta la determinación del régimen jurídico aplicable a los alquileres turísticos es, precisamente, la correcta delimitación de esta figura con respecto a la del arrendamiento vacacional de la que trae causa, puesto que, pese a que el apartado e) del mencionado art. 5 LAU así lo disponga, la doctrina no se aclara con respecto al instrumento jurídico que permite determinar el momento exacto en el que, justamente, un arrendamiento vacacional da paso a un alquiler turístico.

Actualmente, no existe consenso en cuanto al elemento que permite determinar cuál es la normativa aplicable a una cesión temporal de vivienda a cambio de un precio (junto con otros aspectos propios del art. 5.e LAU); o bien la LAU, o bien el decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico. Por ello, con la finalidad de clarificar la normativa aplicable a las viviendas de uso turístico y de establecer cuáles son los elementos jurídicos que permiten determinarla, pensamos que es necesario comenzar identificando el origen del alquiler turístico, ya que, al observar el momento en el que se produce la exclusión de los arrendamientos vacacionales de la LAU y, con ello, el consiguiente nacimiento de los alquileres turísticos, podremos desarrollar una serie de premisas críticas que, justamente, nos permitirán cuestionar su constitucionalidad.

1. UN ALOJAMIENTO EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE LA LAU

El origen inmediato de la figura del alquiler turístico se encuentra en la expresa exclusión de los arrendamientos vacacionales operada en el apartado

e) del art. 5 LAU², de tal forma que nace a la vida jurídica a través de su exclusión de la LAU, concretamente a partir de la definición de la habitualidad que se disponga en el decreto autonómico.

En efecto, el legislador, con la finalidad de controlar y evitar las posibles situaciones de intrusismo y competencia desleal que se pudieran estar cometiendo a través de las cesiones de vivienda de corta duración, celebradas *a priori* entre particulares a través de plataformas digitales especializadas en la oferta turística de viviendas, con la reforma introducida en la LAU mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, concretamente con la introducción del apartado e) en el art. 5, optó por excluirlas de su ámbito de aplicación³. De esta forma, las cesiones temporales de viviendas a título oneroso que tradicionalmente venían sometándose al ámbito de aplicación de la LAU bajo el nombre de arrendamientos vacacionales (art. 3.2), al quedar, a partir de entonces, excluidas de su ámbito de aplicación, han dado lugar a una nueva figura de alojamiento que sustituye a la anterior, como es la del alquiler turístico, configurada en los diferentes decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico. Consecuentemente, en la actualidad, una cesión temporal del uso de una vivienda a título oneroso celebrada *a priori* entre particulares podrá quedar sometida a dos regímenes jurídicos distintos dependiendo de lo que establezca el requisito de la habitualidad, con las diferentes consecuencias que ello conlleva (*u. gr.*, la fijación de la fianza⁴, el subarrendamiento⁵ o la adquisición preferente⁶):

— Como un arrendamiento vacacional (art. 3.2 LAU), que es la figura tradicional mediante la cual se han configurado jurídicamente este

² Según el tenor literal del precepto: «[...] 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 o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

³ Véase el apartado segundo del preámbulo de la LAU.

⁴ Para los arrendamientos vacacionales, el art. 36.1 de la LAU determina la obligatoriedad del depósito de una fianza de dos mensualidades de la renta; pero si la relación jurídica es calificada como un alquiler turístico, las partes podrán determinar libremente si desean o no establecerla, así como el contenido de esta.

⁵ En el caso de los arrendamientos vacacionales, el subarrendamiento es imperativo que se comunique (*ex art.* 32. 4) fehacientemente al arrendador en el plazo de un mes desde que se hubiera concertado, mientras que, en los alquileres turísticos, se estará a lo estipulado por las partes.

⁶ En los arrendamientos vacacionales, salvo que se estipule lo contrario en el contrato, el arrendatario gozará del derecho de adquisición preferente sobre la finca *ex art.* 31.

tipo de arrendamientos de corta duración, cuando se entienda que no se realice de forma habitual.

- O como un alquiler turístico, con base en la exclusión expresa de la LAU de aquellos arrendamientos vacacionales que reúnan los requisitos expuestos en el mencionado apartado e); cuando sí se dé el requisito de la habitualidad.

No obstante, pese a que en un principio pudiera parecer clara la distinción entre ambas figuras y el correspondiente régimen aplicable, la realidad es bien distinta (Mellado Ruiz, 2019: 313). Justamente, la polémica exclusión de este tipo de arrendamientos de la LAU (González Carrasco, 2013: 181; Magro Servet, 2013: 3; Sánchez Jordán, 2016: 123) ha recibido enormes críticas⁷ por el clima de incertidumbre e inseguridad jurídica que ha generado y que impide el correcto abordaje jurídico (Campuzano Tomé, 2015: 1203; De la Encarnación Valcárcel, 2016: 35 y 38; Sánchez Jordán y García García, 2018: 148; Otero Cobos, 2019: 339). Lejos de simplificar la situación legal de estas prácticas, el apartado e) del art. 5 LAU las ha sumido en una suerte de limbo legal (Sánchez Jordán, 2016: 124; Delgado Truyols, 2017: 3) donde no es fácil determinar el momento exacto en el que, como así pretende el legislador, se produce la efectiva exclusión de un arrendamiento vacacional de la LAU y su correspondiente sumisión a la normativa autonómica, es decir, cuándo una cesión temporal del uso de una vivienda a título oneroso deja de calificarse como un arrendamiento vacacional y da lugar a la nueva figura del alquiler turístico⁸.

En este contexto, de entre las distintas exigencias que componen el mencionado apartado e) del art. 5 LAU, destacamos la existencia de un *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*, como aquel que permite determinar el nacimiento de un alquiler turístico. Desde este punto de vista, no coincidimos⁹ con aquellos autores que sostienen que el principal criterio para excluir este tipo de viviendas de la aplicación de la LAU sea su promoción a través de canales de oferta turística¹⁰, por la simple razón de que su existencia (al igual que los demás requisitos) quedará subordinada a la existencia de un

⁷ Carrasco Perera (2012: 119 y 120) critica profundamente dicha reforma y la valora negativamente.

⁸ Sobre la imprecisión del apartado e) del art. 5 LAU, Campuzano Tomé (2015: 1207) y Otero Cobos (2019: 342).

⁹ En nuestra misma línea, Campuzano Tomé (2015: 1231).

¹⁰ Entre otros, García Saura (2019: 55) y Moya Ballester (2019: 164). Respecto a la jurisprudencia, en su FJ 1, la Sentencia 148/2016, de 27 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Valencia, expone que «el calificativo de la vivienda de

régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, y, más concretamente, a la definición que en ello se haga del criterio de la habitualidad¹¹.

En nuestra opinión, sin la correspondiente definición de la habitualidad elaborada en la normativa sectorial turística aplicable, el resto de los requisitos exigidos en el apartado e) del art. 5 LAU no serían significativos. Por ello, en aquellas CC. AA. donde no se haya previsto un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, como es el caso de Extremadura, la exclusión del art. 5.e no tiene efectos, de modo que la calificación jurídica de cualquier cesión temporal de la totalidad de una vivienda situada en este territorio, pese a que reúna los requisitos anteriores, no podrá ser calificada como un alquiler turístico, sino que seguirá siendo un arrendamiento vacacional (González Fernández, 2018: 160; Sánchez Jordán y García García, 2018: 164).

La relevancia jurídico-práctica de nuestra conclusión es que concluimos que el criterio de la habitualidad establecido en las diferentes normativas autonómicas, y no otro distinto (como su promoción a través de canales de oferta turística que acabamos de mencionar, o la existencia de servicios adicionales al alojamiento que veremos posteriormente), es el elemento jurídico

uso turístico por la legislación autonómica no viene determinado por el uso del suelo que ocupa, sino por los medios o canales utilizados para su publicidad y/o comercialización».

¹¹ Sobre este particular se pronuncia, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) en Sentencia 88/2018, de 5 febrero (JUR\2018\90873), en su FJ 2: «[...] no todo arrendamiento de viviendas vacacionales está comprendido dentro de su ámbito de regulación, sino solo los que sean promocionados en canales de oferta turística, de forma habitual; se trataría de intervenir solo en aquellas ofertas alojativas que utilizan los mismos canales de difusión que los productos turísticos tradicionales. Así es el medio de publicidad utilizado el determinante de la calificación del alojamiento ofertado como turístico, amén de la habitualidad de la oferta. Y solo a estos efectos la vivienda de uso turístico es calificada de establecimiento». Igualmente, Martínez Cañellas (2014: 174) menciona una serie de sentencias en las que los tribunales no consideran que el criterio de la utilización de canales de comercialización turísticos sea decisivo para calificar una estancia como turística. Entre otras, la STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 237/1999, de 13 de abril, que destaca que, aunque se utilicen canales de comercialización turísticos, cabe que no sea estancia turística por ser una situación esporádica de vivienda. También la STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 422/1997, de 31 de julio, en la que se dice que tienen el carácter de turísticas las villas en las que de modo habitual se ejerza la actividad de facilitar alojamiento a las personas mediante precio, presumiéndose la habitualidad tanto cuando se hiciese publicidad por cualquier medio como cuando se facilitase alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en conjunto exceda de un mes —arts. 1.1 y 3 de la Orden Ministerial de 17 enero 1967—.

que determina cuándo un arrendamiento vacacional debe ser considerado un alquiler turístico, siendo, por tanto, el eje sobre el que orbitará nuestra crítica al exceso de competencia por parte del legislador autonómico.

2. UN ALOJAMIENTO DELIMITADO POR LA NORMATIVA AUTONÓMICA

A través del apartado e) del art. 5 LAU, el legislador estatal parece haber cedido el testigo al autonómico para que, en el ejercicio de sus competencias *ex art.* 148.1.18 CE, afronte la problemática situación derivada del aumento exponencial del uso de alojamientos privados, de tal forma que, a través de la configuración de los alquileres turísticos mediante la regulación del *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística* (la cual se entiende aplicable a partir de que se dé el criterio de habitualidad), los alojamientos que tradicionalmente quedaban sometidos al ámbito de aplicación de la LAU, a través de la figura del arrendamiento vacacional, queden excluidos de esta y sean considerados alquileres turísticos.

De este modo, como veremos a continuación, cada comunidad autónoma define el criterio de la habitualidad siguiendo sus propias necesidades y directrices, un hecho que ha sido criticado por parte de la doctrina¹² —en la que nos incluimos—, que defiende que es preferible «una regulación homogénea en las comunidades autónomas que respeten los principios de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (Magro Servet, 2017: 15), debido al caos regulatorio que actualmente existe (Díaz Vales, 2018: 46-47). Por ello, el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación actual de los alquileres turísticos lo planteamos desde la perspectiva de la delimitación del legislador autonómico del criterio de la habitualidad, puesto que con este no solo se origina la figura del alquiler turístico, y la consiguiente imposición de servicios adicionales al alojamiento (de tipo turístico), sino también el estatus jurídico de comerciante o profesional y de consumidor y usuario a las partes.

2.1. Los diferentes tipos de regulación

En la normativa de la Junta de Andalucía¹³, la noción de la habitualidad se presume con la efectiva prestación del servicio de alojamiento a través de canales

¹² Entre otros, Álvarez Álvarez (2019: 30 y 34-35).

¹³ Disponía el art. 3.2. del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos, y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, hasta su reciente modificación publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA)* el 2 de febrero de 2024, que «[...] se presumirá que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada

de oferta turística¹⁴. De esta forma, desde la primera ocasión que se arrienda una vivienda a través de un canal de oferta turística se presupone la existencia de una actividad turística, y, por ende, la habitualidad en el ejercicio de la actividad de alojamiento, con las consecuencias jurídicas que ello implica y que hemos expuesto anteriormente (modificación de la condición jurídica de las partes y la imposición administrativa de una serie de requisitos turísticos puramente administrativos). Esta línea la siguen Aragón¹⁵, Asturias¹⁶, Valencia¹⁷ y Cantabria¹⁸.

o promocionada en canales de oferta turística». La esencia se mantiene con la reciente modificación llevada a cabo por el Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la comunidad autónoma de Andalucía, puesto que dicha disposición, pese a que no define, en esta ocasión, el término habitualidad, no varía el contenido. En este sentido, el art. 3.1 dispone que «se entiende por viviendas de uso turístico aquellas viviendas equipadas en condiciones de uso inmediato, ubicadas en inmuebles donde se vaya a ofrecer mediante precio el servicio de alojamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de forma habitual y con fines turísticos», definiéndose la noción de habitualidad en el tercer apartado del art. 3.1: «[...] se presumirá que existe finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística. En este sentido, se considerarán canales de oferta turística las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento».

¹⁴ La reciente modificación no ha cambiado nada a este respecto.

¹⁵ Art. 4.3 del Decreto 1/2023, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón, que indica que «se presumirá que la cesión de uso de una vivienda se encuentra sujeta a este Reglamento cuando su promoción o comercialización se efectúe a través de canales de oferta turística, o cuando se ceda por un período igual o inferior a un mes por usuario».

¹⁶ Art. 3.c del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico: «[...] se presumirá la habitualidad cuando se oferte el alojamiento por cualquier canal de oferta turística o se preste el servicio al menos una vez al año».

¹⁷ Art. 47.2 del Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana, en el que se indica: «2. Se presumirá que existe habitualidad cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias respecto del inmueble: a) Que se ceda para su uso turístico por empresas gestoras de viviendas turísticas. b) Que se ponga a disposición de las y los usuarios turísticos por las personas propietarias o titulares, con independencia de cuál sea el período de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera. c) Cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando esta se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido internet u otros sistemas de nuevas tecnologías».

¹⁸ El art. 1.2 del Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria, que

En cuanto al límite de la temporalidad, considerado como el reverso del criterio de la habitualidad para delimitar la figura del alquiler turístico, puesto que representa un límite máximo a partir del cual se entiende que un alquiler turístico queda excluido del ámbito de aplicación de la normativa autonómica especializada, se fija en Andalucía en un máximo de dos meses cuando se trate de la misma persona¹⁹. Así, en el supuesto de que una cesión de vivienda entre particulares promocionada a través de algún canal de oferta turística se celebre para una duración de más de dos meses, sobrepasaría el límite de la «corta duración» y se calificaría, entonces, como un arrendamiento vacacional sometido a la LAU, y no como un alquiler turístico, por superar dicho umbral.

En el caso de la normativa de las Islas Canarias²⁰, se entiende que la cesión de una vivienda se producirá de forma habitual cuando se realice dos o más veces dentro del período de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones, en un sentido idéntico al que establece el legislador de Castilla-La Mancha²¹, que ha fijado este existe habitualidad cuando «se facilite alojamiento en dos o más ocasiones por anualidad, publicitándose en cualquier tipo de canal de comercialización propio o de tercero». Al contrario de lo regulado en Andalucía, se presume la habitualidad la segunda vez que se alquile la vivienda, lo cual deja un ínfimo margen a los propietarios particulares que deseen alquilar sus viviendas en calidad de particulares, constituyéndose como arrendamiento vacacional únicamente primero de los contratos que se celebren.

Respecto al criterio de la temporalidad, el legislador canario determina que la cesión temporal no podrá implicar el cambio de residencia por parte de la persona usuaria²², un plazo que, desde la perspectiva tributaria y de forma general²³,

dispone que «se presumirá que la cesión es temporal y con fines turísticos, cuando la oferta se realice y comercialice a través de cualquier canal de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción».

¹⁹ El art. 1. 2, relativo a las exclusiones del ámbito de aplicación, establece en el apartado b) lo siguiente: «[...] las viviendas arrendadas por tiempo superior a dos meses computados de forma continuada a un mismo arrendatario».

²⁰ Art. 2.c 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.

²¹ Art. 2 del Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha.

²² Art. 2.d 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.

²³ Art. 9.1.a de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

quedaría fijado en seis meses²⁴. En el mismo sentido, se puede entender extensible este límite subsidiario de temporalidad máxima de los alquileres turísticos a lo establecido por los decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico de Castilla-La Mancha, Asturias²⁵, La Rioja²⁶, Valencia²⁷, Madrid²⁸, Murcia²⁹ y Cantabria³⁰.

Una regulación muy interesante y, desde nuestro punto de vista, una de las más completas, es la realizada por la comunidad autónoma de Castilla y León³¹, donde se define la «habitualidad como la práctica común, frecuente y generalizada de facilitar alojamiento. Se entenderá que existe habitualidad cuando se facilite alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes». Así, este criterio de habitualidad establece que, hasta un máximo de un mes durante un mismo año natural, los contratos en los que se ceda el uso de una vivienda de forma temporal entre particulares quedarán excluidos de la normativa autonómica, de modo que se constituirán como arrendamientos vacacionales sometidos a la LAU. De esta forma, sería tan solo superando este número de noches cómo el particular adquiriría la condición de «empresa de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico (en adelante empresa)», y cómo, consecuentemente, tendría lugar el alquiler turístico, que, según dispone posteriormente, «consiste en la prestación de hospedaje de forma habitual y

²⁴ En los mismos términos, González Cabrera (2015: 396-405).

²⁵ Art. 3.a del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.

²⁶ Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

²⁷ El mencionado Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana, no establece un límite máximo, de ahí que, siguiendo el mismo criterio que la normativa canaria, se pueda presuponer en los seis meses.

²⁸ Art. 2.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

²⁹ Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia.

³⁰ Art. 2.b del Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria, que define la cesión temporal como «toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo que no implique cambio de residencia por parte de la persona usuaria».

³¹ Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la comunidad de Castilla y León.

con carácter temporal, esto es por un plazo máximo de dos meses seguidos a un mismo turista, a cambio de contraprestación económica y en un establecimiento abierto al público en general»³².

Por lo que respecta a la temporalidad, en cuanto a lo expuesto en este apartado d), queda fijada en dos meses continuados. Así, aunque el propietario reúna los requisitos de la habitualidad, en caso de que celebre un alquiler por un plazo superior a este, quedaría excluido de la norma autonómica, calificándose como vacacional.

Por su parte, la Comunidad de Madrid, antes de la modificación de 2019, establecía en tres meses el criterio de la habitualidad³³, disponiendo que la prestación del servicio de alojamiento debía realizarse de forma profesional y habitual, concibiéndose el concepto de habitual como «el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural». Sin embargo, esta medida se modificó mediante el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, a partir del cual se entiende por «ejercicio habitual de la actividad turística: la actividad de alojamiento turístico se ejerce de forma habitual desde el momento en que el interesado se publicita por cualquier medio y presenta la preceptiva Declaración Responsable de inicio de actividad prevista en los artículos 11 y 17»³⁴. De esta forma, la Comunidad de Madrid, en la nueva regulación, elimina el plazo de tres meses (90 días) para que un inmueble sea considerado vivienda de uso turístico, estableciéndose ahora el mero hecho de que se publicite por cualquier medio. Así, el límite establecido por el criterio de habitualidad en la Comunidad de Madrid se disminuye de noventa días al simple hecho de que la vivienda se oferte, por ejemplo, mediante un anuncio en una página de alquileres de internet. No obstante, no queda clarificado si el criterio de la habitualidad debe entenderse desde la publicación de la vivienda³⁵ o desde su cesión efectiva.

³² Art. 4.d del mismo Decreto 3/2017, de 16 de febrero.

³³ Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

³⁴ Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid.

³⁵ Sobre este aspecto, es pertinente traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018 (JUR, 2018, 259516), el asunto C-105/17, *Kamenova*, en la que se concluye que «no cabe calificar de “comerciante” a una persona física [...] que está registrada en una plataforma en línea para la venta de bienes cuando publica en dicho sitio, al mismo tiempo, ocho anuncios para la venta de varios productos». Es decir, que según la doctrina del

Continuando con una concepción amplia del criterio de la habitualidad, La Rioja³⁶, aunque sin referirse a ella expresamente, fija el límite en tres meses, los cuales se distribuyen libremente a lo largo de todo el año sin necesidad de que sean continuados³⁷. Sin embargo, este período presenta la particularidad de que únicamente se tendrá en cuenta cuando las estancias se realicen, como mínimo, por períodos de una semana.

La normativa de la Región de Murcia³⁸, en su art. 2.4, señala:

[...] se presumirá la habitualidad en la actividad turística de hospedaje en viviendas y habitaciones de uso turístico cuando se haga publicidad por cualquier medio de la oferta de dicho servicio en el correspondiente alojamiento, y se considerará que tal habitualidad es efectiva cuando, aun sin constar previa publicidad, se constate que se ha contratado dicho alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones.

En el País Vasco³⁹, la normativa prevé la existencia de habitualidad y, por tanto, la existencia de un alquiler turístico de dos modos: o a través de la simple promoción o publicidad de la vivienda por un medio o canal de oferta turística, o a partir de la segunda vez que se facilite el alojamiento, siempre y cuando este no supere los 31 días, límite temporal en el que, desde nuestro punto de vista, se fija el criterio de la temporalidad.

TJUE, el hecho de publicitar un bien en una plataforma en línea no es una causa para considerar como comerciante a un particular. Como desarrollaremos en el siguiente capítulo, entendemos que los efectos de esta sentencia son extensibles a este caso en concreto, y que, por lo tanto, esta modificación del requisito de habitualidad debe ser invalidada.

³⁶ Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

³⁷ *Ibid.*, art. 66.2: «No tendrá la consideración de vivienda de uso turístico aun cuando cumpla con los requisitos del apartado anterior: [...] b) La vivienda destinada al alquiler durante menos de 3 meses al año en períodos mínimos de una semana».

³⁸ Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia.

³⁹ Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, art. 2.4: «[...] se presume que la actividad alojativa es habitual y, por tanto, se encuentra sometida a las prescripciones del presente Decreto, cuando concorra una de las siguientes condiciones: a) Que se realice publicidad o comercialización de las viviendas a través de un canal de oferta turística. b) Que se facilite alojamiento por un período de tiempo continuo igual o inferior a 31 días, dos o más veces dentro del mismo año».

Por lo que respecta a Cataluña⁴⁰, aunque no se mencione el término habitualidad, esta noción se extrae de lo que han calificado como estancia de temporada, la cual se desarrolla en su art. 222.1, con base en el cual se establece que «tiene la consideración de vivienda de uso turístico aquella que es cedida por su propietario, directa o indirectamente, a terceros, a cambio de contraprestación económica para una estancia de temporada y en condiciones de inmediata disponibilidad». En este sentido, el legislador catalán delimita que «se considera estancia de temporada toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuado igual o inferior a 31 días».

En Navarra, la Ley Foral 19/2020, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo de Navarra, que introduce en la normativa turística la modalidad de viviendas turísticas, la modifica a su vez el Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos en la Comunidad Foral de Navarra, nada dice al respecto sobre la habitualidad ni tampoco sobre la temporalidad, limitándose a indicar que «se entiende por alojamiento turístico el establecimiento en el que se ofrece a las personas usuarias turísticas, mediante precio, alojamiento temporal con o sin prestación de servicios complementarios».

En Galicia⁴¹, para que se considere una vivienda como de uso turístico, debe cederse para una estancia de corta duración y de manera reiterada. De esta forma, al dictaminarse que «constituyen estancias de corta duración aquellas en las que la cesión de uso es inferior a treinta días consecutivos, quedando fuera del ámbito de aplicación las que sobrepasen esa duración. Se considerará cesión reiterada cuando la vivienda se ceda dos o más veces dentro del período de un año»⁴², la noción de habitualidad, que se extrae del concepto de *cesión reiterada*, se sobreentiende a partir de la segunda vez que se ceda la vivienda por un período que no supere los treinta días consecutivos, límite que fija, a su vez, el concepto de la temporalidad. Así que, a partir de la segunda cesión de una vivienda de forma temporal (y reuniendo el resto de los requisitos no expuestos⁴³, pero que se encuentran en la propia

⁴⁰ Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña.

⁴¹ Decreto 12/2017, de 26 de enero (*DOGA* de 10-2-2017), por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

⁴² Art. 5.2 del Decreto 12/2017, de 26 de enero (*DOGA* de 10-2-2017), por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

⁴³ Véase el capítulo IV de la normativa.

normativa⁴⁴), y siempre y cuando la duración de esta no supere los treinta días, se entiende que el contrato en cuestión estará sometido a la normativa autonómica gallega, excluido de la LAU en función del art. 5.e.

En cuanto a la normativa de las Islas Baleares⁴⁵, la más confusa de todas, ambos criterios vienen recogidos en el capítulo IV, arts. 49 al 52, bajo el controvertido título de *Empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas*, disponiéndose al respecto que «son empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas las personas físicas o jurídicas que comercializan turísticamente la totalidad de una vivienda residencial, por periodos de corta duración, en condiciones de uso inmediato y con finalidad lucrativa, comercialización que se puede alternar con el uso propiamente de vivienda que las caracteriza»⁴⁶. Posteriormente, en el apartado 13 del art. 14 de la normativa balear sobre viviendas de uso turístico, y dificultando con ello aún más su identificación, se acuerda que por corta duración se entenderán las «estancias por días o semanas, sin que una estancia pueda ser superior a un mes». En cuanto a qué se entiende en la normativa por comercialización de estancias turísticas, deben interpretarse conjuntamente los apartados 1 y 14

⁴⁴ Sobre estos requisitos, se puede hacer mención a la reciente Sentencia 555/2017 de TSJ Galicia (A Coruña), Sala de lo Contencioso, de 15 de noviembre de 2017, donde precisamente se pretendía la impugnación de algunos de estos requisitos, aunque finalmente el Tribunal falla en contra de tal pretensión. En concreto, la parte recurrente (Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia) solicitaba la declaración de nulidad de los arts. 4.2, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 9.1, 15 a 22, 23 a 26, 30.1, 39, 41.2.e.4.º y 41.5 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, fundamentando el recurso en un único motivo. Y es que consideraban que la norma vulnera el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia en el sector de los servicios de alojamiento, resultando contraria al art. 38 de la CE (que establece el principio de libertad de empresa), así como vulneradora del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contraviniendo la Directiva 2006/126/CE, de 12 de diciembre, y la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, la cual señala que cualquier limitación a la prestación de los servicios de alojamiento debe estar motivada por una imperiosa razón de interés general. No obstante, como hemos señalado al principio, el Tribunal acabó desestimando la pretensión de la asociación.

⁴⁵ Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio.

⁴⁶ Art. 49 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio.

del mismo art. 50 de la normativa balear sobre viviendas de uso turístico, que determinan lo siguiente:

[1] Se pueden comercializar estancias turísticas de corta duración en viviendas de uso residencial siempre que lleve a cabo esta comercialización la persona propietaria o se haga por medio de operadores o cualquiera de los canales de comercialización turística. [14] Se presume que hay comercialización de estancias turísticas si se comercializan en condiciones de uso inmediato, por periodos de corta duración y no se puede acreditar que la finalidad de la comercialización es diferente a la turística.

En resumen, podemos concluir que la normativa balear ha establecido que los alquileres turísticos son aquellos en los que se comercializa una vivienda completa, ya sea por el propietario o a través de canales de oferta turística, para un uso inmediato y por una duración temporal que podrá variar entre un solo día —criterio de la habitualidad— y un mes —criterio de la temporalidad—, y siempre y cuando no se pueda acreditar que la finalidad de la comercialización es diferente a la turística.

En Extremadura, al no existir un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, la exclusión del apartado e) del art. 5 no ha lugar.

Así las cosas, observamos que los diferentes decretos autonómicos definen el criterio de la habitualidad y, con ello, determinan la exclusión de los arrendamientos vacacionales de la LAU por el consiguiente nacimiento del alquiler turístico, siendo por ello el elemento jurídico determinante para delimitar ambos tipos de alojamiento. Sin embargo, como veremos a continuación, nuestra postura es minoritaria, ya que la práctica totalidad de autores sostiene que la diferencia entre las figuras del arrendamiento vacacional y el alquiler turístico se halla en la existencia de servicios adicionales al alojamiento, y no así en el criterio de la habitualidad que acabamos de exponer.

2.2. Una hipótesis contraria al parecer mayoritario de la doctrina

La hipótesis que proponemos, en la que el criterio de la habitualidad se erige como el instrumento jurídico que delimita las figuras del alquiler turístico y del arrendamiento vacacional, es contraria al parecer mayoritario de la doctrina, que sostiene que la diferencia viene atribuida por otros elementos, destacando, por encima del resto, la prestación de determinados servicios adicionales al del alojamiento (Martínez Cañellas, 2014: 175; Roca Fernández-Castanys, 2017: 7; Sánchez Jordán y García García, 2018: 178 y 184; Moreno-Torres Herrera, 2018: 211; González Cabrera, 2019: 35).

En este sentido, la postura doctrinal mayoritaria no advierte la posibilidad de que el criterio de la habitualidad pueda ser el elemento jurídico que

permita determinar el momento en el que debe considerarse que el alquiler turístico nace a la vida jurídica y, con ello, la regulación de este por parte del legislador autonómico, lo que plantearía un eventual exceso de competencia regulatoria por parte del legislador autonómico por su dudosa constitucionalidad. De esta forma, entre otros, Fernández Pérez (2018: 89 y 95) afirma que «la doctrina civilista ha venido defendiendo con acierto, que el criterio para diferenciar un arrendamiento turístico de un arrendamiento vacacional es la prestación de determinados servicios propios de la hostelería, tales como limpieza, restauración, lavado de ropa, etc., que podrían considerarse prestaciones propias de la industria turística», al igual que Campuzano Tomé (2015: 1025), quien concluye:

[...] no pueden confundirse, como parece que hace el legislador, los contratos de «arrendamiento turístico» o «alojamiento turístico» con los contratos de arrendamiento de vivienda amueblada para uso vacacional o turístico [...]. Es, por tanto, la prestación de servicios la que se erige en pieza clave para calificar una actividad locativa como actividad turística; consiguientemente, son los contratos en los que el arrendador, junto con el alojamiento y la cesión del uso de la vivienda, preste otros servicios propios de la hostelería, contra los que el legislador debe centrar su atención al no encontrar encaje en la legislación arrendaticia y ser propios de la legislación turística.

Por ello, en contra del parecer mayoritario de la doctrina, nosotros sostenemos que, precisamente, la aplicación eficaz de los servicios adicionales al alojamiento como elemento delimitador entre el arrendamiento vacacional y el alquiler turístico dependerá, en todo momento, de que el decreto autonómico le sea de aplicación, momento establecido por el criterio de la habitualidad.

Desde este punto de vista, no coincidimos con la reflexión de Martínez Cañellas (2014: 175-176), compartida por otros autores⁴⁷, según la cual, en este contexto de diferenciación entre arrendamientos vacacionales y alqui-

⁴⁷ En su caso, Campuzano Tomé (2015: 1202), apunta que «son contratos cuyo objeto es un inmueble de dominio propio y cuya finalidad última es proporcionar al turista el uso o goce del inmueble para su disfrute temporal en períodos vacacionales, que pueden consistir en días, semanas o meses. A través del mismo no se presta ningún tipo de servicio complementario al del mero alojamiento», razón por la cual «encuentran refugio en el ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) como contratos de arrendamiento temporal», un tipo de arrendamientos a los que la entrada en vigor de la Ley 4/2013 «ha venido a sembrar dudas acerca del régimen jurídico al que deben quedar sometidos a partir de su aprobación».

leres turísticos, si las partes del contrato hiciesen constar, expresamente, la no prestación de servicios complementarios a la cesión de la vivienda, el contrato no sería un alquiler turístico, sino un arrendamiento vacacional (*ibid.*: 166-170 y 175). En nuestra opinión, los sujetos no pueden pactar la exclusión de una serie de servicios turísticos o accesorios del contrato de alquiler turístico, ya que estos son impuestos por las distintas comunidades autónomas, no siendo de libre disposición para las partes. Los únicos requisitos adicionales al alojamiento que aparecen en los alquileres turísticos son de carácter público o administrativo, cuya imperativa imposición depende de la habitualidad.

De esta forma, si los sujetos pactasen expresamente no incluir los servicios adicionales impuestos por el legislador autonómico en el decreto sobre alquileres turísticos, llegamos a la conclusión de que no se alteraría la naturaleza jurídica de la relación jurídica establecida (que seguiría siendo la de un alquiler turístico), sino que se estaría produciendo la falta de cumplimiento de los requisitos turísticos o accesorios al alojamiento, y con ello una práctica sancionable exclusivamente por la autoridad administrativa competente (Martos Calabrús, 2014: 100), y no un arrendamiento vacacional.

Así, cuando una actividad de alojamiento como el arrendamiento vacacional no se entienda realizada de forma habitual según lo establecido en el decreto autonómico correspondiente, no se materializará la exclusión del art. 5 LAU apartado e). Por ende, el contrato derivado de correspondiente actividad de alojamiento seguiría siendo calificado como un arrendamiento vacacional sometido a la LAU y no como alquiler turístico.

A título de ejemplo, en el caso de la normativa de Castilla y León sobre alquileres turísticos, la cesión del uso temporal de la totalidad de una vivienda a cambio de un precio, que presente las condiciones expuestas en el apartado e) del art. 5 LAU, se considera excluida de la LAU, única y exclusivamente a partir de la definición del criterio habitualidad, que viene delimitado en la prestación de alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes. De esta forma, en Castilla y León, la exigencia de los servicios adicionales al alojamiento será efectiva cuando la prestación del alojamiento dentro del mismo año natural exceda un mes, límite establecido para considerar que existe habitualidad y, por ende, la exigencia de los servicios adicionales es imperativa, ya que lo que en un principio es un arrendamiento vacacional ahora representa un alquiler turístico.

Así, si un propietario arrienda su vivienda siete veces en un año natural durante cuatro noches en cada ocasión en Castilla y León, es decir, durante un total de veintiocho noches en el mismo año, los diferentes contratos realizados tendrán la consideración jurídica de arrendamientos vacacionales, no de alquileres turísticos, al no cumplirse el requisito de la habitualidad

establecido por el legislador autonómico. De esta forma, se estaría considerando que la frecuencia con la que se arrienda la vivienda es ocasional, no habitual ni, por ende, profesional, de tal forma que dicha actividad económica no cumple las exigencias necesarias para ser considerada una actividad turística. Ahora bien, si el mismo propietario volviese a ceder, dentro del mismo año natural, su vivienda, en una octava ocasión, por un período de cinco noches más, en este caso, al sobrepasar el límite fijado en el criterio de habitualidad (más de un mes en un año natural), sí que dicha cesión de la vivienda pasaría a ser calificada como un alquiler turístico. Por ello, tan solo cuando una actividad de alojamiento se entiende realizada de forma habitual, debe considerarse que el ofrecimiento de los servicios turísticos o accesorios al alojamiento establecidos por las comunidades autónomas son imperativos y, consecuentemente, las partes ostentan el estatus de profesionales y consumidores y usuarios.

Así las cosas, mantenemos la opinión⁴⁸ de que los servicios adicionales al alojamiento no son el elemento jurídico que delimite las figuras del alquiler turístico y del arrendamiento vacacional, sino más bien la habitualidad definida en las comunidades autónomas, siendo por ello el criterio jurídico que, en nuestra opinión, condiciona la constitucionalidad de los decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico⁴⁹.

III. UN RÉGIMEN JURÍDICO DE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD

Del análisis de los decretos autonómicos que regulan el ámbito jurídico-público o administrativo de las viviendas de uso turístico (con base en el art. 148.1.18 CE), concluimos que el instrumento jurídico que permite diferenciar, precisamente, esta modalidad contractual con respecto a los arrendamientos vacacionales (de los cuales proceden) es la definición de la habitualidad establecida en cada uno de ellos.

⁴⁸ Este parecer ya lo comentamos (Botello Hermosa, 2016: 1980; 2017: 618). En nuestro mismo sentido se pronuncia Rodríguez González (2019: 180), y, en cierta medida, Díaz Vales (2018: 46).

⁴⁹ En esta dirección, Desdentado Daroca (2018: 19) expone: «[...] urge recuperar la sensatez de los criterios que los civilistas han utilizado tradicionalmente para distinguir entre el contrato de arrendamiento de temporada y el contrato de alojamiento turístico: profesionalidad, habitualidad, prestación de servicios turísticos. La propia Unión Europea ha señalado que [...] [en este sentido, un elemento importante] puede ser si los servicios son ofrecidos por prestadores profesionales o más bien por particulares de manera ocasional».

De esta forma, pensamos que, a través del criterio de la habitualidad, el legislador autonómico no solo delimita la figura del arrendamiento vacacional con respecto a la del alquiler turístico, sino también (y fundamentalmente) el estatus jurídico de los sujetos que protagonizan estos contratos. Por esta razón, nos interrogamos acerca de la constitucionalidad de la norma planteando la siguiente pregunta: ¿es competente el legislador autonómico para regular el criterio de la habitualidad y, con ello, delimitar el estatus jurídico de profesionales y consumidores y usuarios de los sujetos del alquiler turístico?

1. LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DE LAS PARTES

Una vez se entienda que un arrendamiento de vivienda reúne los parámetros de la habitualidad exigidos por el legislador autonómico (en los diferentes decretos autonómicos sobre alquileres turísticos), se transforma en un alquiler turístico y el estatus jurídico del arrendador de particular a profesional o empresario (así como el del arrendatario de particular a turista-consumidor y usuario); y nace la exigencia legal para el arrendador de ofrecer servicios turísticos adicionales al alojamiento.

El estatus jurídico de los sujetos que protagonizan los alquileres turísticos (como profesionales o empresarios en el caso de los arrendadores, y como consumidores y usuarios de los arrendatarios) se confirma al observar la evolución de la normativa turística⁵⁰ y, consecuentemente, la calificación jurídica dispensada al turista⁵¹, que es «considerado [...] consumidor y usuario» (Fernández Pérez, 2016: 119). En efecto, el legislador autonómico, al calificar como turista a los arrendatarios en los casos de los alquileres turísticos, se atribuye la potestad legislativa para modificar, asimismo, la condición jurídica de los sujetos que protagonizan los alquileres turísticos, un aspecto fácil de comprobar si se analiza que, en origen, los sujetos que protagonizan el originario arrendamiento vacacional son particulares-no profesionales.

Desde este punto de vista, los alquileres turísticos, a diferencia de los arrendamientos vacacionales, además de a lo dispuesto en los decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (*ex art.* 148.1.18 CE), quedan sometidos al derecho de consumo⁵², es decir, al conjunto de normas especializadas en la protección de los consumidores (Díaz Alabart, 2017: 138), como

⁵⁰ Sobre la forma en que ha evolucionado el turismo, véase Fernández Pérez (2018: 67-151).

⁵¹ Entre otros, Guillén Navarro (2015: 120), Campuzano Tomé (2015: 1246), Fernández Pérez (2016: 119) y De la Encarnación Valcárcel (2016: 46, nota a pie de página 88).

⁵² En el mismo sentido, Díaz Vales (2018: 52-53).

es la normativa sobre protección de los consumidores, aplicable, precisamente, cuando un sujeto interactúa con un profesional o empresario (Madrid Parra, 2011: 32; Paniagua Zurera y Miranda Serrano, 2012: 54). En este sentido, afirma Puente Orench (2018: 312) que «el usuario de una VFT [...] actúa como consumidor y goza por tanto de los derechos que le otorga la normativa sobre protección a consumidores». Por lo tanto, pese a que, en un principio, podamos considerar que el legislador autonómico fundamenta su legitimidad competencial para regular el régimen específico de los alquileres turísticos en el art. 148.1.18.º CE, lo cierto es que, al mismo tiempo, con base en la consideración jurídica de las partes, en nuestra opinión, lo hace, igualmente, con base en el art. 51 CE, una materia de difícil delimitación (Escribano Collado, 1992: 535 y 536) que, pese a estar asumida por las comunidades autónomas, permite al Estado legislar sobre esta, en función, cada una de ellas, en su acervo competencial⁵³, debido a su carácter multidisciplinar (Carrasco Perera y Cordero Lobato, 1995: 16).

En este escenario, se da la segunda de las características que configuran el ámbito jurídico-público o administrativo de los alquileres turísticos, como es la imposición de unos servicios turísticos al alojamiento, fundamentados tanto en el art. 148.1.18 CE sobre turismo como en el art. 51 CE sobre la defensa de los consumidores, unos servicios accesorios cuya finalidad es, como así señalan expresamente algunos decretos autonómicos, *garantizar el confort y la seguridad de los turistas*⁵⁴. Así, con la intención de proteger al turista (considerado un consumidor y usuario) y garantizarle un mínimo de calidad en los destinos que se ofrecen a través de los alquileres turísticos, el legislador autonómico, con base en el criterio de la habitualidad, no solo establece el momento jurídico en el que debe considerarse que un arrenda-

⁵³ En este sentido, dispone El Tribunal Constitucional, en el FJ 4 de la Sentencia 88/86, de 1 de julio de 1986: «La defensa del consumidor aparece, así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a todos los poderes públicos. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en que incide, hace que, en un Estado descentralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea esta central o autonómica. En este sentido, “el derecho del consumidor”, entendido como el “conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al consumidor” (STC 71/1982), difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial».

⁵⁴ Exposición de motivos del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos de Andalucía.

miento vacacional pasa a ser considerado un alquiler turístico, equiparable «a la operación de un establecimiento hotelero que por definición presta servicios turísticos de alojamiento» (Puente Orench, 2018: 300), sino que, además, justifica la imposición de los servicios turísticos o accesorios al alojamiento orientados a la protección y al equilibrio de una presunta situación desigual (De León Arce, 2016: 96) entre una parte débil (el turista) y otra fuerte (el empresario) (Fernández Carballo-Calero y Torres Pérez, 2011: 58; Muñoz Pérez, 2017: 207).

Así las cosas, a partir del criterio de la habitualidad se fundamenta, en el ámbito jurídico-público o administrativo de los contratos de alquiler turístico, la atribución a los sujetos de la condición jurídica de profesionales o empresarios y de consumidores y usuarios de las partes y, con ello, la exigencia imperativa al arrendador profesional de ofrecer una serie de servicios turísticos o accesorios al alojamiento de carácter administrativo. Por ello, la cuestión jurídica que debe plantearse es si las comunidades autónomas son realmente competentes para delimitar el criterio de la habitualidad que delimita la figura del alquiler turístico o, en cambio, debe considerarse una materia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.6.º CE*.

Como abordaremos a continuación, llegamos a la conclusión de que el legislador autonómico no goza de la competencia para regular el criterio de la habitualidad⁵⁵, a partir del cual se delimita el estatus jurídico de los sujetos que intervienen en el alquiler turístico⁵⁶ (al arrendatario como turista-consumidor y usuario⁵⁷ y al arrendador como un profesional o empresario turístico) (Cobos *et al.*, 2019: 38). En nuestra opinión, se trata de una materia exclusiva del Estado *ex art. 1.1.º del Código de Comercio*, que determina que el requisito para que un sujeto particular sea considerado jurídicamente un profesional o empresario⁵⁸, además de ostentar la plena capacidad legal⁵⁹

⁵⁵ Ortiz Fernández (2021: 104) no considera que la regulación del criterio de habitualidad por parte de las comunidades autónomas pueda ser considerada inconstitucional.

⁵⁶ En la misma línea, Porto Cortés (2013: 27), Díaz Alabart (2017: 137) y Otero Cobos (2019: 346).

⁵⁷ Puente Orench (2018: 300) considera que «la configuración del alojamiento en VFT como una prestación turística, lo equipara al alojamiento en establecimientos hoteleros». Desarrolla la idea del turista como consumidor y usuario Fernández Pérez (2016: 119).

⁵⁸ Aunque este cuerpo normativo no define el concepto de empresario o del profesional, delimita los sujetos que llevan a cabo esos actos de comercio, los cuales, consecuentemente, deben someterse a su regulación bajo la noción de comerciantes.

⁵⁹ Este requisito viene recogido en el art. 315 CC, que establece la mayoría de edad en los 18 años cumplidos, artículo que se relaciona con el 322 del mismo cuerpo

y ejercer el comercio en nombre propio⁶⁰, es que debe realizar una actividad económica con habitualidad.

2. UNA COMPETENCIA CONTROVERTIDA

El criterio de la habitualidad que delimita la figura del alquiler turístico en las distintas comunidades autónomas se caracteriza, en nuestra opinión, además de por su carácter heterogéneo y restrictivo, por ser contrario al orden constitucional, al trascender de su ámbito competencial e inmiscuirse en una materia exclusiva del Estado (*ex* apartados 6 y 13 del art. 149.1 CE), como es la delimitación de la condición de comerciante o profesional.

En efecto, a través de la habitualidad, el legislador autonómico delimita la condición jurídica de los contratantes, atribuyéndole al arrendatario el estatus jurídico de turista-consumidor y usuario y al arrendador, el de profesional o empresario⁶¹. Por ello, al observar que el legislador autonómico regula la condición jurídica de los sujetos parte que intervienen en el alquiler turístico, y partiendo de la base de que «no es infrecuente encontrar disposiciones [autonómicas] que regulan aspectos mercantiles propios de una ley estatal» (Fernández Pérez, 2018: 90), creemos que es pertinente cuestionarse si es constitucionalmente competente el legislador autonómico para delimitar el criterio de habitualidad en los diferentes decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, a través del cual se modifica la condición jurídica de los sujetos.

En nuestra opinión, debería responderse negativamente a esta cuestión, como así trataremos de argumentar a continuación⁶².

normativo, que indica que, asimismo, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil y, entre ellos, la disposición de sus bienes sin restricción alguna.

⁶⁰ Este tercer requisito para la consideración de un ciudadano o particular como empresario no viene recogido por el C. de Com., sino que se trata de una necesidad ya consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde su sentencia de 25 de marzo de 1922 y corroborada por la doctrina (Illescas Ortiz, 2009: 117; Ruiz de Velasco, 2007: 171).

⁶¹ En esta misma línea, González Fernández (2018: 161), afirma que «algunas Comunidades directamente asignan tal condición a quien presta el servicio de alojamiento en estas viviendas».

⁶² Sobre esta cuestión, Gosálbez Pequeño (2023: 66) reconoce que, en cuanto al art. 5.e LAU y la delimitación del alquiler turístico, el legislador estatal está incurriendo en «dudosa constitucionalidad por infracción del título competencial atribuido en su favor en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución».

2.1. La delimitación de la condición profesional como una competencia estatal

Desde nuestro punto de vista, el legislador autonómico no es el competente para definir el criterio de la habitualidad⁶³, ya que, como hemos comentado anteriormente, con base en este criterio, no solo se convierte en una exigencia imperativa el ofrecimiento de servicios adicionales al alojamiento de naturaleza turística, sino que, especialmente, se configura la condición jurídica de profesional⁶⁴ o empresario de un sujeto⁶⁵.

En nuestra opinión, representa una materia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.6 CE, que, además, no ha sido delegada por parte del legislador estatal al autonómico habilitándole para ello mediante una ley orgánica de transferencia y delegación prevista en el art. 150.2 CE⁶⁶. Además, como hemos desarrollado anteriormente, ya viene regulado por el legislador estatal a través de los arts. 1.1 y 3 del C. de Com., aunque no delimitado, aspecto del que se ha encargado nuestro Tribunal Supremo⁶⁷, fijando al respecto que el salario mínimo percibido en un año natural es un límite «apto para apreciar

⁶³ En esta misma línea, Miranda Serrano (2017: 229).

⁶⁴ A título de ejemplo, el art. 3.2 del Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, indica que la prestación del servicio de alojamiento en viviendas de uso turístico se ejercerá *de forma profesional*.

⁶⁵ Sobre este asunto, Sánchez González (2009: 9) expone que, respecto al Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales en Murcia, «la propia norma define la habitualidad al señalar que “se presume cuando se haga publicidad por cualquier medio o cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en su conjunto exceda de un mes”. En buena lógica, si en las concretas circunstancias fácticas no opera esta presunción, faltaría la habitualidad requerida y el oferente no tendría la consideración de empresa explotadora, por lo que la relación arrendaticia contemplada podría articularse al margen de la regulación autonómica».

⁶⁶ Sobre esta cuestión, Fernández Pérez (2018: 156) indica que, «partiendo de que todas las normativas autonómicas han regulado aspectos propios del Derecho Mercantil y Civil, no parece que exista ese régimen específico derivado de su normativa sectorial que establece la LAU como punto de remisión a la normativa autonómica turística. Y en todo caso, solo mediante una Ley Orgánica, que no es el caso, se podría habilitar a las comunidades autónomas a regular estos aspectos». A mayor abundamiento, Martínez Cañellas (2014: 157-158).

⁶⁷ STS, Sala 4.ª, de lo Social, de 20 de marzo de 2007, FJ 4.

el requisito de habitualidad»⁶⁸. Sobre este asunto, ya dictaminó el Pleno del TC⁶⁹ que

[...] si el Estado posee competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (*ex* art. 149.1.6 CE), ello excluye, correlativamente, que el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia en materia de «comercio interior» [que en nuestro supuesto de análisis haría referencia al turismo], pueda entrar a regular ámbitos de la actividad mercantil que corresponden al Estado, como son –entre otros tradicionalmente regidos por el Derecho mercantil– los relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o, como ha sido señalado por este Tribunal, a «la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales» (STC 71/1982),

aclarando que las competencias que tienen atribuidas las comunidades autónomas «no incluye[n] la regulación de la “capacidad jurídica” ni de la “condición de comerciante” cuya fijación corresponde indudablemente al Estado de conformidad con el art. 149.1.6 CE»⁷⁰.

En lo que concierne a nuestra doctrina, Carrasco Perera y Cordero Lobato (1995: 32) señalan que la línea interpretativa del TC estipula que las normas relativas a la determinación de la capacidad del empresario son una materia de competencia estatal con base en el art. 149.1.6 CE, en el mismo sentido que Parra Lucán (1987: 151), quien añade que el TC estableció, en la STC 37/1981, que «solo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y solo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a

⁶⁸ La sentencia del TS, sala 4.ª, de lo Social, de 29 de octubre de 1997, FJ 3, determina que «la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades».

⁶⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 225/1993, de 8 julio (RTC 1993\225), FJ 5.B, sobre un recurso de inconstitucionalidad ante la Ley de las Cortes valencianas 8/1986, de ordenación del comercio y superficies comerciales.

⁷⁰ FJ 6.B.

que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y estas».

Ragel Sánchez (2013: 349), por su parte, determina que «la materia turística nunca podrá ser una competencia exclusiva en sentido estricto de las Comunidades Autónomas, a pesar de lo que digan los Estatutos de Autonomía, pues el Estado tiene competencia exclusiva para promover y ordenar el turismo a nivel nacional a través de diversos apartados del art. 149. 1 CE, como legislación mercantil y civil, [...] las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», igual que Desdentado Daroca (2018: 35), quien, en un sentido análogo, asevera (aunque con base en el art. 149.1.8 CE —legislación civil—, y no sobre el 149.1.6 CE —legislación mercantil—) que «el Derecho Administrativo invade el espacio propio del Derecho Privado y ello no está exento de problemas. Resulta imprescindible que el Estado ejerza sus competencias *ex art.* 149.1.^a, 8.^a y 13.^a CE y defina, de forma plena, el arrendamiento de temporada que los propietarios pueden realizar libremente en el marco del Derecho Civil». Durbán Martí (2016: 287) concluye que «sólo cabe responder negativamente a la pregunta de si la jurisprudencia constitucional reconoce un espacio a las comunidades autónomas —o a algunas de ellas— para establecer regulación propia sobre relaciones obligacionales y contractuales a través del ejercicio de sus competencias».

Así las cosas, y especialmente por lo dispuesto en la STC 26/2012, de 1 de marzo de 2012⁷¹, donde el Pleno del TC establece en su FJ 4 que

⁷¹ Dispone el TC (Pleno): «[...] nuestra doctrina, desde la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ha procedido a la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil, en relación con otras materias competenciales entre las que se encuentra el comercio interior. Esta delimitación tiene como punto de partida la distinción entre, de un lado, 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, encuadrando el primer tipo de regulaciones en la materia de legislación civil o mercantil. En tal sentido, la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. Por eso, dicha definición excede los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior la cual, al regular estas relaciones entre los comerciantes y los destinatarios de sus servicios, está incidiendo en la legislación mercantil de competencia exclusiva estatal *ex art.* 149.1.6 CE».

[...] la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales,

concluimos que, *ex art.* 148.1.8 y 51 CE, el legislador autonómico no goza de la competencia legislativa para delimitar el criterio de habitualidad en los distintos decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, como así viene realizando en la actualidad, de una forma restrictiva y heterogénea, siendo el causante, en nuestra opinión, del caos regulatorio y de la inseguridad jurídica que orbita actualmente en torno a la figura de los alquileres turísticos y que son el origen de la problemática expuesta en este artículo.

No obstante, pese a que el criterio de la habitualidad (como requisito para alcanzar la condición de comerciante o profesional) viene regulado por el Estado, no está claro si este puede entenderse definido y desarrollado por parte del legislador autonómico por inactividad del estatal, pese a tratarse de una materia exclusiva del Estado. En este sentido, cabe hacer alusión a la Sentencia 16/2018, de 22 de febrero (FJ 8.A), sobre vivienda, en donde se justifica la imposibilidad de considerar que una norma autonómica contradice las competencias estatales cuando el legislador estatal no ha «dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas». También, el TC recuerda en las sentencias 32/2018, de 10 de abril, 43/2018, de 26 de abril, y 80/2018, de 5 de julio, que, «no habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1.^a CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional». Por ello, sería pertinente determinar la (in)existencia de ausencia de definición y regulación del criterio de habitualidad por parte del legislador estatal, con la finalidad de poder determinar una eventual ausencia de límites (desde la perspectiva constitucional) para que el legislador autonómico pueda delimitar el criterio de la habitualidad. A esta situación se le debe añadir que la condición de comerciante no la otorga simplemente la habitualidad (pese a ser lo más relevante para el caso del empresario individual), sino también el ejercer el comercio en nombre propio y tener la capacidad legal, lo cual dificultaría, aún más, esta apreciación.

2.2. Una propuesta de solución

Llegados a este punto, creemos necesaria la reconfiguración del criterio de la habitualidad delimitado por las diferentes comunidades autónomas⁷², a partir de la cual se podría dar solución a una de las prioridades del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, según se hizo público en agosto de 2018, como es la de «regular la vivienda vacacional con el fin de definir qué se entiende por alquiler vacacional y vivienda turística para que todas las CC. AA. tengan un mismo punto de partida desde el cual luego poder legislar»⁷³.

En este contexto, proponemos la reconfiguración de este criterio a partir de su delimitación por parte del legislador estatal⁷⁴, con base en las recomendaciones emanadas de la UE, quedando controlado y vigilado mediante registros específicos que velen por su correcto cumplimiento. En nuestra opinión, se lograría crear un espacio jurídico en el sector del alojamiento que posibilitaría la convivencia y el equilibrio de, por un lado, los arrendamientos vacacionales, celebrados entre particulares por cortos períodos de tiempo, a los cuales no les son de aplicación ni el derecho de consumo ni los decretos autonómicos, y, por otro, los alquileres turísticos, gestionados por empresarios o profesionales y sometidos a las normativas de consumo y sectoriales de turismo⁷⁵.

Como establece la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia en su *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España* publicado

⁷² La Comisión Europea, «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2016) 356 final, Bruselas, de 2 de junio de 2016, p. 8, accesible en: <https://is.gd/ZPNxXP>, considera que, a efectos de regulación de las actividades de alojamiento, los particulares que ofrezcan servicios entre pares, de manera ocasional, a través o no de plataformas digitales, no deberían ser tratados automáticamente como prestadores de servicios profesionales. Para ello, se recomienda establecer umbrales dentro de los cuales determinadas actividades entre pares no sean consideradas profesionales.

⁷³ Información recuperada de Puente Orench y Valdenebro Monzón (2018: 21).

⁷⁴ Fernández Pérez (2016: 41), indica: «[...] el problema es que la profesionalidad o la habitualidad, no pueden ser definidas de modo diferente en cada Comunidad Autónoma, puesto que estamos hablando del concepto de empresario, y por tanto, de un concepto único que debe interpretarse en todo el territorio nacional del mismo modo, tal y como marca la Constitución al establecer que la materia mercantil resulta competencia del Estado, y como exige el principio de unidad de mercado».

⁷⁵ Desdentado Daroca (2019: 83) comenta que «el deslinde del arrendamiento de temporada con la actividad de alojamiento turístico en viviendas residenciales [...] no puede quedar en manos de las Comunidades Autónomas. Las indeseables consecuencias de esta situación están a la vista».

en 2018⁷⁶, los cambios que se están produciendo en el mercado del alojamiento turístico deben acompañarse de una revisión de la regulación que no frene la innovación ni impida el desarrollo de nuevas formas de alojamiento, de modo que solo se intervenga en el mercado cuando sea necesario para paliar un fallo de mercado por una razón de imperioso interés general, de manera proporcionada y no discriminatoria, una revisión que debería «contribuir a reducir la heterogeneidad actual de la normativa, que, al no responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, genera mayor inseguridad jurídica y reduce la eficiencia del mercado». En este sentido, la situación actual en la que cada comunidad autónoma regula a su modo esta materia no ayuda a resolver el problema, sino más bien lo contrario.

Por ello, creemos que la determinación del criterio de la habitualidad por parte del legislador español (en lugar del autonómico), con base en las recomendaciones realizadas por la UE, es una medida que ayudaría a solventar este escenario de inseguridad jurídica y de caos normativo en que se encuentra la regulación de los alquileres turísticos (Otero Cobos, 2019: 358), un escenario provocado por la dejación regulatoria del Estado (Desdentado Daroca, 2018: 15-16). En nuestra opinión, es necesario que se haga referencia en el apartado e) del art. 5 de la LAU a la condición de profesional fijada previamente por el Estado, a partir del cual se establezca debidamente en qué circunstancias se va a producir la exclusión del arrendamiento vacacional y el nacimiento del alquiler turístico, lo que lograría homogeneizar esta materia en el territorio nacional (Puente Orench y Valdenebro Monzón, 2018: 20), aportando ello una importante estabilidad y seguridad jurídicas (López Barba, 2018: 271). De este modo, los criterios de habitualidad analizados anteriormente tan solo deberían remitirse a la normativa estatal para fijar el momento en que serían de aplicación.

El nuevo criterio de la habitualidad debería ser dictado por el legislador estatal *ex* puntos 1 y 6 del art. 149.1 CE, inspirándose en las recomendaciones de la UE⁷⁷, el cual, a diferencia de la configuración autonómica actual, favorecería un ámbito de actuación a los particulares que les permitiría desarrollar las actividades de alojamiento de forma esporádica y no profesional, sin tener por ello que soportar cargas administrativas y barreras legales⁷⁸ propias de

⁷⁶ CNMC: *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, El CNMC/003/18, 19 de julio de 2018, p. 64.

⁷⁷ Comisión Europea, «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2016) 356 final, Bruselas, de 2 de junio de 2016, pp. 10-11, accesible en: <https://is.gd/ZPNxXP>.

⁷⁸ Coincidimos con Otero Cobos (2019: 359) en que «urge una regulación uniforme más eficiente y que respete la autonomía de la voluntad en la contratación».

profesionales, más allá, por supuesto, de sus correspondientes obligaciones fiscales⁷⁹. En este sentido, a propósito de la inclusión del apartado e) en el art. 5 de la LAU, advierte González Fernández (2018: 170) de que «lo que no debiera ocurrir es que la diferencia entre habitualidad y la eventualidad la determine cada Comunidad Autónoma, independientemente de las demás, pues se estaría conculcando el principio de la unidad de mercado», ante lo que se lamenta Otero Cobos (2019: 339 y 355), ya que «pierde así el legislador la oportunidad de regular este tipo de alojamiento y permite, sin embargo, que surja una disparidad normativa [...], una fragmentación normativa que amenaza la unidad de mercado, [que] al mismo tiempo [...] puede generar una ruptura con la estrategia de Mercado Único Digital que persigue la Comisión Europea». En esta línea, compartimos la afirmación de Blanquer Criado (2001: 309):

[...] esa Ley debe ser una Ley estatal, porque en virtud de la distribución constitucional de competencias (artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución), la regulación de las relaciones contractuales es competencia exclusiva del Estado. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar y promover el turismo (artículo 148.1.18.^a de la misma), pero no están habilitadas por la Constitución para fijar y establecer el régimen sustantivo de los contratos turísticos (no mediante Leyes ni a través de Reglamentos).

Así las cosas, concluimos que corresponde al Estado, y no a las comunidades autónomas⁸⁰, establecer el criterio de la habitualidad. Esto permitiría homogeneizarlo en todo el territorio nacional⁸¹, con base en unos umbrales concretos (ánimo de lucro, frecuencia del servicio y nivel de negocio), para dar una respuesta a esa necesidad de aprobar una normativa general en la que, tras escuchar a todos los sectores afectados, se defina cuál debe ser el contenido y alcance de la intervención pública en esta actividad económica, marcándose unas pautas o criterios mínimos de intervención y de intensidad en su aplicación (Rodríguez González, 2019: 182), un proceso que, al mismo tiempo, debe implantarse igualmente a nivel europeo, delimitando un mismo requisito de la habitualidad común para toda Europa.

⁷⁹ En nuestro mismo sentido, Fernández Pérez (2018: 92).

⁸⁰ En la misma línea, entre otros, Serrano Cañas (2019: 271) y Miranda Serrano (2017: 236).

⁸¹ La doctrina es mayoritaria en cuanto a la idea de un criterio homogeneizado. Entre otros, Martínez-Nadal y Rosselló Rubert (2017: 2-3) y Rodríguez González (2019: 180).

Bibliografía

- Álvarez Álvarez, H. (2019). Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico. En X. M. Carril Vázquez, R. García Pérez y M. A. López-Suárez (dirs.). *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales* (pp. 23-59). Madrid: Aranzadi.
- Blanquer Criado, D. (2001). ¿Ordenación o desordenación del turismo? *Documentación Administrativa*, 259-260, 287-314.
- Botello Hermosa, J. M.^a (2016). Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 756, 1959-1990.
- Botello Hermosa, J. M.^a (2017). Los arrendamientos vacacionales en la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas*, 2, 602-620. Disponible en: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.6677>.
- Campuzano Tomé, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 749, 1199-1246.
- Carrasco Perera, A. F. (2012). Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los arrendamientos de viviendas. *Centro de Estudios de Consumo y de Derecho de Consumo*, 4, 118-134.
- Carrasco Perera, A. F. y Cordero Lobato, E. (1995). Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales. *Derecho Privado y Constitución*, 5, 9-66.
- Cobos, S., Mallo, M. y Silvestre, X. (2019). Aspectos administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas. En S. Cobos, A. Fuentes-Lojo Rius y A. Fuentes-Lojo Lastres (dirs.). *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial* (pp. 29-170). Barcelona: Bosch.
- De la Encarnación Valcárcel, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 5, 30-55. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10350>.
- De León Arce, A. (2016). El consumo como realidad social, económica y jurídica. En A. de León Arce y L. M. García García (dirs.). *Derecho de los consumidores y usuarios* (pp. 41-102). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Delgado Truyols, A. (2017). El alquiler vacacional (y II): soluciones legislativas. *El Notario del S. XXI*, 74, 32-35.
- Desdentado Daroca, E. (2018). *Viviendas de uso turístico y Derecho administrativo. Los problemas jurídicos del Alojamiento colaborativo: un estudio interdisciplinar*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Desdentado Daroca, E. (2019). Aspectos jurídico-administrativos de las viviendas de uso turístico. En M. Lucas Durán (dir.). *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica* (pp. 41-93). Madrid: Aranzadi.

- Díaz Alabart, S. (2017). Concepto y protección del consumidor. En S. Díaz Alabart (dir.). *Manual de Derecho Privado del Turismo* (pp. 1-200). Madrid: Reus.
- Díaz Vales, F. (2018). *Viviendas de uso turístico y Derecho civil. Los problemas jurídicos del «Alojamiento colaborativo»: un estudio interdisciplinar*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Durbán Martí, I. (2016). Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 30, 257-288. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.06>.
- Escribano Collado, P. (1992). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de los consumidores y usuarios. En *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla* (vol. 1, pp. 535-548). Madrid: Universidad Complutense.
- Fernández Carballo-Calero, P. I. y Torres Pérez, F. J. (2011). Ámbito de aplicación. En M. Rebollo Puig y M.^a Izquierdo Carrasco (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios* (pp. 57-115). Madrid: Iustel.
- Fernández Pérez, N. (2018). *Los sujetos (II): plataformas y mediadores colaborativos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Pérez, N. (2016). Turismo p2p o colaborativo: un reto para el Ordenamiento jurídico. *International Journal of Scientific Managment Tourism*, 2 (2), 111-127.
- García Saura, P. J. (2019). *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico*. Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvr7f6t4>.
- González Cabrera, I. (2015). La prohibición de alquilar viviendas vacacionales en municipios turísticos. Otra oportunidad perdida para resolver algunos conflictos. Alquiler vacacional en Canarias. En *III Foro Internacional de turismo Maspalomas Costa Canaria (Las Palmas de Gran Canaria, 10-11 de diciembre de 2015): tendencias en destinos turísticos* (pp. 396-406). Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- González Cabrera, I. (2019). El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (pp. 23-66). Barcelona: Bosch.
- González Carrasco, M. C. (2013). El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 170-190.
- González Fernández, M. B. (2018). Alojamiento y Viviendas de uso turístico. En R. Escudero Gallego y S. Martínez Garrido (dirs.). *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Economía Colaborativa* (pp. 151-168). Madrid: La Ley.
- Gosálbez Pequeño, H. (2023). Rememorando el *big bang* de las viviendas turísticas y la «moderada administrativización» del contrato de arrendamiento turístico de vivienda. En H. Gosálbez Pequeño y A. M. Bueno Armijo (dirs.). *Desregulación*

- y regulación de la economía colaborativa en la actividad turística y las actividades con incidencia turística* (pp. 43-66). Madrid: Aranzadi.
- Guillén Navarro, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 101-144.
- Illescas Ortiz, R. (2009). El empresario mercantil individual. Reglas generales. En G. J. Jiménez Sánchez (coord.). *Derecho Mercantil* (vol. 1, pp. 99-114). Barcelona: Ariel Derecho.
- López Barba, E. (2018). Contenido del contrato de alojamiento turístico. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (pp. 269-298). Madrid: Reus.
- Madrid Parra, A. (2011). Contratos electrónicos y contratos informáticos. *Revista de Contratación Electrónica*, 111, 5-35.
- Magro Servet, V. (2013). Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista de Derecho Inmobiliario*, 1-8.
- Magro Servet, V. (2017). Sobre la necesaria unificación legal el alquiler vacacional y normativa autonómica. *Revista de Jurisprudencia*, 13-26.
- Martínez Cañellas, 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 Islas Baleares*, 15, 151-176.
- Martínez-Nadal, A. y Rosselló Rubert, F. M. (2017). Auge del alquiler turístico vacacional y restricciones legales en España: un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia. En *Actas de las X Jornadas de Investigación en Turismo, Facultad de Turismo* (pp. 104-165). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Martos Calabrús, M.^a A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, 1 (1), 91-102.
- Mellado Ruíz, L. (2019). El transporte turístico colaborativo. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (pp. 267-304). Barcelona: Bosch.
- Miranda Serrano, L. M. (2017). Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales? *Revista de Estudios Europeos*, 70, 197-249.
- Moreno-Torres Herrera, M. L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (pp. 191-230). Madrid: Reus.
- Moya Ballester, J. (2019). El objeto: las prestaciones vinculadas al alojamiento colaborativo. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (pp. 137-166). Barcelona: Bosch.
- Muñoz Pérez, A. F. (2017). Economía colaborativa y consumidores. En J. J. Montero Pascual (dir.). *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas* (pp. 195-233). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Ortiz Fernández, M. (2021). El arrendamiento de viviendas de uso turístico y el reparto competencial entre Estado, comunidades autónomas y municipios: principales problemas que se plantean. En C. López Sánchez (coord.). *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico* (pp. 61-119). Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jj4r.6>.
- Otero Cobos, M.^a T. (2019). El alojamiento turístico colaborativo: régimen iusprivatista. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (pp. 337-364). Barcelona: Bosch.
- Paniagua Zurera, M. y Miranda Serrano, L. M. (2012). La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores. En L. M. Miranda Serrano, J. Pagador López y F. Caballero García (coords.). *Derecho privado de los consumidores* (pp. 19-62). Madrid: Marcial Pons.
- Parra Lucán, M. A. (1987). Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la legislación civil para la protección del consumidor. *Revista Jurídica de Navarra*, 4, 149-165.
- Porto Cortés, A. (2013). Derechos y garantías del consumidor al adquirir un bien de consumo. En P. Fernández Burgueño, M. Molina Ávila, A. Porto Cortés (coords.). *Manual de derecho de consumo*. Madrid: Aranzadi.
- Puente Orench, J. (2018). Régimen de responsabilidad por incumplimiento y por daños y seguros en las Viviendas para Fines Turísticos. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (pp. 299-328). Madrid: Reus.
- Puente Orench, J. y Valdenebro Monzón, I. (2018). Cuestiones generales. En J. Puente Orench (dir.). *Alquiler turístico: soluciones jurídicas* (pp. 12-45). Madrid: Francis Lefebvre.
- Ragel Sánchez, L. F. (2013). Significado del contrato en las distintas ramas del ordenamiento. La legislación [civil y mercantil] sobre contratos desde el punto de vista del Derecho constitucional. En R. Bércovitz (dir.). *Tratado de contratos* (tomo I, pp. 333-350). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roca Fernández-Castanys, M.^a L. (2017). ¿Matando a la gallina de los huevos de oro?: algunos apuntes sobre la nueva regulación de las viviendas de uso turístico, especial referencia al caso andaluz. *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, 2, 1-23. Disponible en: <https://doi.org/10.21071/ridetur.v1i2.10210>.
- Rodríguez González, M.^a P. (2019). La intervención administrativa en el turismo colaborativo. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (pp. 167-200). Barcelona: Bosch.
- Ruiz de Velasco, A. (2007). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. Servicio de Publicaciones.
- Sánchez González, M. P. (2009). Arrendamiento de temporada vacacional y alojamiento turístico extrahotelero: una tenue y trascendental línea divisoria. *Revista de Derecho Privado*, 93 (5), 33-66.
- Sánchez Jordán, M.^a E. (2016). La visión del propietario y del arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable. En

- M. R. Simancas Cruz y J. Mañoso Valderrama (coords.). *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias* (pp. 139-162). Las Palmas de Gran Canaria: Promotur Turismo Canarias.
- Sánchez Jordán, M.^a E. y García García, J. A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (pp. 147-190). Madrid: Reus.
- Serrano Cañas, J. M. (2019). Tutela de consumidores y economía colaborativa: ¿hacia la desarticulación del derecho del consumidor? En X. M. Carril Vázquez, R. García Pérez y M. A. López-Suárez (dirs.). *Economía colaborativa y derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales* (pp. 241-285). Madrid: Aranzadi.