

La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución¹

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOSA

Profesor (Ater) de Derecho Civil en la Universidad Paris-Nanterre.
Doctorando en Derecho civil

RESUMEN

La introducción del apartado e) en el artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos plantea una de las principales problemáticas a las que se enfrenta actualmente nuestro legislador en el ámbito del alquiler: la fijación de un límite jurídico claro y definido que distinga los alquileres turísticos –excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos– de los tradicionales arrendamientos vacacionales –propios de esta normativa–. Con este trabajo queremos ofrecer una propuesta de solución a esta cuestión a partir de la reconfiguración del criterio de habitualidad.

PALABRAS CLAVE

Alquiler turístico, Arrendamiento vacacional, Habitualidad, Incompetencia, Profesional, consumidor y usuario, Particular, Ley de Arrendamientos Urbanos, Turismo.

¹ El contenido de este artículo forma parte del Proyecto de Tesis doctoral que actualmente realiza el autor, y se enmarca en el Grupo de Investigación SEJ617 Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado» de la Junta de Andalucía.

The importance of the frequency of occurrence criterion in defining the tourist rentals and its necessary reconfiguration. A possible approach

ABSTRACT

The insertion of the new paragraph e) in the article 5 of the Urban Renting Act introduces one of the main issues that the legislator has to face now: the establishment of a legal limit that makes the difference between tourist rentals –excluded from the Urban Renting Act– and the vocational rentals –included in the Urban Renting Act–. Thus, with this article, we intend to provide a solution to this problem through the reconfiguration of the frequency of occurrence criterion.

KEYS WORDS

Tourist rental, vacational rental, frequency of occurrence, incompetency, professional, consumer and user, individual, Urban Renting Act, tourism.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*–2. *La preponderancia el criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos frente a los servicios adicionales al alojamiento.*–2.1. El alquiler turístico como resultado de la exclusión expresa de los arrendamientos vacacionales de la LAU ex artículo 5 e), basado en el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA.–2.2. La inaplicabilidad de los servicios adicionales al alojamiento como criterio diferenciador entre los alquileres turísticos y los arrendamientos vacacionales.–3. *Una propuesta de reconfiguración del criterio de habitualidad previsto en los decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico.*–3.1. Una aproximación al controvertido criterio de habitualidad establecido por las CC.AA., considerado como el origen de los alquileres turísticos.–3.2. Una propuesta de reconfiguración.–4. Conclusiones.–5. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

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, el legislador español, con la reforma introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) de 1994 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 artículo 5², optó por excluir este tipo de prácticas del ámbito de aplicación de la LAU, de tal forma que, desde entonces, las cesiones temporales de viviendas, realizada con una finalidad lucrativa, que, tradicionalmente, venían sometiéndose al ámbito de aplicación de la LAU bajo el nombre de arrendamientos vacacionales (art. 3.2), al quedar ahora excluidas de su ámbito de aplicación, han dado lugar a una nueva figura de alojamiento que sustituye a la anterior: el alquiler turístico, configurada en los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico. Sin embargo, esta polémica exclusión³, lejos de acabar con el problema anteriormente mencionado, ha recibido enormes críticas⁴, ya que, lejos de clarificar la situación legal de estas prácticas, las ha sumido en una suerte de *limbo legal*⁵ donde no es fácil determinar el momento exacto en el que, como así

² Letra e) del artículo 5 redactada por el apartado dos del artículo primero del RD Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Las novedades que aporta esta redacción con respecto a la originaria operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, son: a) ampliación del ámbito de exclusión no solo a las viviendas comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística, sino también a aquellas que lo sean de cualquier otra forma, y b), precisión de que la normativa sectorial a la que se deben someter es de carácter turístico, en alusión al artículo 148.1.18.º de la Constitución Española, relativo a la competencia de las CC.AA. para legislar en materia de promoción y ordenación del turismo.

³ Coincidimos con SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 123, cuando apunta que *«me parece que no me equivoco si afirmo que el caldo de cultivo del problema surge con la modificación operada en la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013 (...), [concretizando en el] nuevo apartado (letra e) en el art. 5 LAU. (...). GONZÁLEZ CARRASCO, CESCO, 2013, p. 181, reflexiona que «en definitiva, creemos que ese es el objetivo de la norma, esto es, propiciar una normativa autonómica sectorial que a través de la obligatoriedad de declaración y regulación de dichos arrendamientos, excluya la aplicación de las normas de la LAU. (...) ¿Para qué? ¿Para proteger de forma más eficaz al turista? (...) ¿Para beneficiar al lobby hotelero en contra de la libertad contractual, entendida por el Preámbulo como «competencia desleal»? (...) «¿Qué medidas piensa adoptar el Gobierno para luchar contra el fraude en los alquileres de apartamentos en destinos turísticos?» (...) En definitiva, la justificación de la exclusión del art. 5, (...) no es sino un paso más hacia el pase por caja obligatorio de los arrendamientos de viviendas vacacionales celebrados entre particulares a través de normas autonómicas dictadas por las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. No creemos que la medida favorezca la flexibilización ni el fomento de este mercado de alquileres, hasta ahora zona franca pero eficaz como incentivo a la compra de viviendas en destinos vacacionales»*. Como apunta MAGRO SERVET, 2013b, no son pocas las voces que asocian la inclusión de este nuevo apartado e) al artículo de la LAU al patrocinio de la industria hotelera, que veía en los alquileres de apartamentos por cortos períodos de tiempo una especie de competencia desleal de la mano de un gasto mínimo de los arrendadores que utilizaban potentes canales de difusión por las redes sociales o por internet para ofertar los inmuebles para alquilarlos en temporadas, y en los que hacían y hacen una dura competencia a la industria hotelera.

⁴ CARRASCO PERERA, 2012, CESCO, pp. 119 y 120, critica profundamente dicha reforma y la valora negativamente, calificándola como *«una reforma innecesaria e inoportuna»*, un *«capricho del Gobierno [que] no responde a ninguna necesidad real, a ninguna laguna advertida en la aplicación de la ley de 1994»*, en la que *«se suceden modificaciones puntuales arbitrarias en las que se adivina que todo responde a un superficial jeu d'esprit de reforma por la pura reforma, de ocupación ociosa de la atención del legislador y del pueblo en nimiedades que son indignas de las miserias del momento»*.

⁵ SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 124; DELGADO TRUYOLS, 2017, p. 3.

pretende el legislador, se produce su exclusión de la LAU y la correspondiente sumisión a la normativa autonómica, o, en otras palabras, el momento exacto en el que una determinada cesión temporal del uso de una vivienda, realizada con una finalidad lucrativa, deja de calificarse como un arrendamiento vacacional y da lugar a la nueva figura del alquiler turístico⁶.

En efecto, con la introducción del apartado e) en el art. 5 de la LAU, se dificulta enormemente la identificación del ámbito normativo aplicable a las cesiones temporales del uso de viviendas, celebradas entre particulares realizada con una finalidad lucrativa a través de plataformas digitales (como son, a título de ejemplo, los arrendamientos de vivienda a través de Airbnb), las cuales, en base a una serie de criterios confusos establecidos en el apartado e)⁷, son susceptibles de quedar sometidas a dos ámbitos jurídicos diferentes, que, aunque próximos, presentan consecuencias jurídicas muy distintas como, entre otras, las relativas a la fijación de la fianza⁸, el subarrendamiento⁹ o la adquisición preferente¹⁰, generándose, consecuentemente, un clima de incertidumbre¹¹ e inseguridad jurídica¹²

⁶ Sobre la imprecisión de este apartado, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1207, critica que «el legislador no establece con claridad cuáles son los arrendamientos que quedan excluidos de la normativa civil ni ofrece ningún concepto de los requisitos exigidos para que opere la exclusión». OTERO COBOS, 2019, p. 342, «resulta difícil extraer un concepto inequívoco, más allá del propio ofrecido por la LAU al excluirlas de su regulación. La imprecisión en unos casos y el exceso de restricciones para el ejercicio de la actividad en otros genera confusión en la relación privada de los contratantes».

⁷ MELLADO RUIZ, 2019, p.313, «el problema es que las mencionadas notas no aparecen definidas con claridad ni en la propia LAU ni en las correspondientes normas autonómicas. Ello impide discernir con claridad cuando nos encontramos ante un arrendamiento de temporada (sometido, por tanto, a la normativa civil) y cuando ante un auténtico alquiler turístico sometido a las estrictas condiciones impuestas por la regulación administrativa».

⁸ Para los arrendamientos vacacionales, el artículo 36 de la LAU determina la obligatoriedad del depósito de una fianza de 2 mensualidades de la renta en un registro de la CC.AA. ex artículo 36 de la LAU, cuyo incumplimiento puede ser origen de resolución del contrato. Por el contrario, 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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 artículo 31 LAU.

¹¹ DE LA ENCARNACIÓN VARGARCEL, *REALA*, 2016, pp. 35 y 38, comenta que «el primero de los problemas a los que se enfrenta esta nueva modalidad de alojamiento vacacional es su encuadre jurídico», e llega a señalar una «ausencia de normativa en cuanto al alojamiento colaborativo [que] no se limita a nuestro país». Por su parte, OTERO COBOS, 2019, p. 339, responsabiliza a esta modificación de la LAU «de la proliferación de normas que intentan regular la transformación vivida en el mercado como consecuencia de la comercialización de viviendas de uso turístico».

¹² En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1203, señala que la reforma genera «desconcierto e incertidumbre entre los propietarios de alojamientos privados que dudan acerca de si la modificación del artículo 5 LAU conlleva la cercenación de su dere-

que impide el correcto abordaje jurídico¹³ de estas prácticas. En este sentido, cualquier cesión temporal del uso de una vivienda, realizada con una finalidad lucrativa, celebrada entre particulares a través de cualquier medio de promoción turística (ej. una plataforma digital), que, tradicionalmente, se ha visto sometida al ámbito de aplicación de la LAU bajo el título de arrendamiento vacacional, actualmente, sin embargo, en caso de reunir los criterios establecidos en el apartado e) del art. 5 LAU, se entenderá excluida de la misma y quedará sometida, en su lugar, a lo dispuesto en la normativa autonómica de turismo bajo una nueva figura de alojamiento, que, en este caso, es la del alquiler turístico, con las consecuencias jurídicas que, como así hemos indicado, de ello se derivan. Justamente, en base al apartado e) del art. 5 de la LAU, actualmente, una cesión del uso temporal de una vivienda realizada con una finalidad lucrativa puede ser calificada jurídicamente de dos formas diferentes: 1) como un arrendamiento vacacional (art. 3.2 LAU), que es la figura tradicional mediante la cual se han configurado jurídicamente este tipo de arrendamientos de corta duración»¹⁴, o, en su lugar, puede ser calificada jurídicamente como 2) un alquiler turístico, y esto debido a, como así desarrollaremos en el punto II, la exclusión expresa de la LAU que se ha realizado, precisamente, sobre aquellos arrendamientos vacacionales que reúnan los requisitos expuestos en el mencionado apartado e). A mayor abundamiento, advertimos al lector que, con la finalidad de disminuir el clima de confusión reinante sobre el ámbito normativo aplicable a estas prácticas, avivado, en gran medida, por la diversidad terminológica con la que tanto la doctrina¹⁵ como los propios legisladores autonómicos¹⁶ se refieren a las figuras jurídicas que, de las mismas, se pueden derivar, en este artículo usaremos, consecuentemente, los mismos nombres en todo momento para referenciarlas, sin hacer uso de sinóni-

cho a seguir alquilando sus pisos y apartamentos por temporadas para uso vacacional bajo el amparo de la LAU»

¹³ En esta línea, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 148.

¹⁴ Cuyo régimen jurídico queda fijado imperativamente en los Títulos I y IV de la LAU, lo acordado entre las partes y, en su defecto, por lo expuesto en el Título III de los arrendamientos para usos distintos del de vivienda (excepto los arts. 32, 33 y 34, vinculados a los arrendamientos de local de negocio»), así como, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

¹⁵ Entre otros, ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, habla de *viviendas particulares de uso turístico*; MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, hacen referencia al alquiler turístico vacacional; DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 17, por su parte, evoca el *alquiler de alojamientos colaborativos*, GÓMEZ PERALS y ÁLVARES MOLEIRO, 2016, usan el de *alquiler vacacional*; DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, 2016, en nuestros mismos términos, utiliza el de alquiler turístico.

¹⁶ A título de ejemplo, podemos observar como hacen referencia a la misma realidad a través del término *viviendas de uso turístico* en Madrid, Cataluña y Aragón, o como *viviendas con fines turísticos* en Andalucía, *viviendas turísticas* en Valencia, o de una forma distinta en Canarias, *viviendas vacacionales*, y Murcia, *alojamientos vacacionales*.

mos ni de conceptos alternativos¹⁷. Así, por un lado, proponemos el uso del término *arrendamientos/s vacacional/es*¹⁸, cuando las cesiones temporales de viviendas queden sometidas, consecuentemente, a la Ley, precisamente, de Arrendamientos urbanos, y por el otro lado, el término *alquiler/es turístico/s*¹⁹ cuando las cesiones temporales queden sometidas a los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico. En esta línea, creemos que, para realizar un análisis jurídico preciso y sólido sobre esta cuestión, que resalte la repercusión jurídico-práctica de estas líneas, es imperativo distinguir, sin ningún tipo de ambigüedades, desde una perspectiva conceptual, cuándo hacemos referencia a un *arrendamiento vacacional* y cuándo un *alquiler turístico*, puesto que, desde una perspectiva jurídica, posteriormente, su correcta diferenciación conlleva importantes consecuencias que van desde su delimitación con respecto a figuras afines (como veremos, posteriormente, en el caso de los contratos de hospedaje), a la configuración de la condición jurídica de las partes del contrato –particulares/no profesionales en los *arrendamientos vacacionales*, y empresarios/profesionales y consumidores y usuarios en los *alquileres turísticos*–, con la consiguiente imposición de una serie de requisitos turísticos puramente administrativos –que no servicios complementarios o añadidos al alojamiento–, propios de profesionales que desarrollan de forma habitual la actividad del alojamiento, transformándola en turística, y la consiguiente aplicación de la normativa de consumo. En esta línea, entre otros, el grupo de trabajo del Gobierno de España ya propuso la necesaria concreción de una definición única de vivienda de uso turístico²⁰.

En este contexto, donde un simple arrendamiento de vivienda, celebrado entre particulares, por un corto período, puede verse sometido a dos ámbitos normativos, totalmente diferenciados²¹,

¹⁷ En este sentido, GÓMEZ PERALS y ÁLVARES MOLEIRO, 2016, sostienen que «*el problema surge ya desde la propia terminología por la variedad de expresión es con significado aparentemente coincidente al de «alquiler vacacional»: «los apartamentos vacacionales», «los apartamentos turísticos», «las viviendas vacacionales» o «las viviendas turísticas de corta duración». Todos son sinónimos que se refieren al objeto de nuestro estudio. Lógicamente esta imprecisión terminológica es reflejo de una indefinición conceptual.*».

¹⁸ El uso de la cursiva es nuestra. Con ella pretendemos reflejar la relevancia de esta figura en el presente artículo, además de precisar su diferencia con respecto a la otra figura jurídica con la que tiende a confundirse, el *alquiler turístico*.

¹⁹ El uso de la cursiva es nuestra. Con ella pretendemos reflejar la relevancia de esta figura en el presente artículo, además de precisar su diferencia con la otra figura jurídica con la que tiende a confundirse, el *arrendamiento vacacional*.

²⁰ <https://www.libremercado.com/2018-09-25/las-comunidades-de-vecinos-podran-vetar-las-viviendas-turisticas-por-mayoria-simple-1276625453/>

²¹ En este sentido, dispone, entre otros, FELUI AMENGUAL, 2014, p. 179, que «*la LAU 4/2013, aun cuando en su art. 5.e) recoge en su redactado y por primera vez como excluido de la misma el Arrendamiento Turístico y con remisión expresa al régimen específico derivado de su*

representados por dos figuras jurídicas cuya frontera presenta una difícil delimitación²² –*arrendamiento vacacional y alquiler turístico*–, y todo ello en base a los criterios confusos que contiene el mencionado apartado e), del artículo 5 LAU, se plantea la problemática jurídica que trataremos de resolver en este artículo: ¿Cómo se identifica cuándo una cesión temporal de una vivienda, a cambio de un precio, realizada a través de canales de oferta turística (como puede ser una plataforma digital), debe ser calificada como un arrendamiento vacacional (sometido a la LAU), y cuándo, por el contrario, como un alquiler turístico (excluido de la LAU)? O, planteado desde otra perspectiva, ¿En qué momento la condición jurídica de un arrendador particular que, en principio, cede ocasionalmente su vivienda a cambio de un precio, debe entenderse modificada por la de un profesional o empresario y, por lo tanto, serle de aplicación, además de los requisitos turísticos establecidos en los Decretos autonómicos, el Derecho de consumo? Es decir, ¿En qué momento se entiende que una actividad económica de alojamiento deja de realizarse de una forma ocasional o no habitual ni profesional y se hace de forma habitual o profesional?

Así las cosas, mediante la realización de este artículo, pretendemos ofrecer al legislador cuáles son, en nuestra opinión, las pautas y los elementos jurídicos que deben valorarse para encontrar una solución a la incertidumbre jurídica en la que se encuentra la figura del *alquiler turístico*. De este modo, a continuación, trataremos de exponer por qué creemos que la respuesta a la problemática planteada, a nuestro juicio, se encuentra en el criterio de habitualidad fijado, actualmente, en la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico, un elemento a partir del cual pensamos que se excluye el *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU y se origina, con ello, el *alquiler turístico* (2). Así, a través de la reconfiguración y delimitación del mencionado criterio de habitualidad, creemos que se establecería, con claridad y sin ningún género de dudas, a nivel estatal y en concordancia con las recomendaciones ofrecidas por la Unión Europea (en adelante, UE) a este respecto, la solución jurídica a esta situación (3).

normativa sectorial, esto es, la Legislación Turística Autonómica, no por ello cabe deducir que ha imposibilitado «de iure» el que se puedan seguir formalizando los denominados Contratos de Temporada».

²² En el mismo sentido, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1201, considera que «la dificultad principal surge en el momento de fijar cuándo debe otorgarse al alquiler de un alojamiento privado la calificación de “turístico” y cuando de arrendamiento de temporada». Por su parte, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 155, apunta que «la cuestión es determinar qué tipo de contrato es el que están regulando las normativas autonómicas y cuál es el contenido de la regulación que debe ceñirse a aspectos de ordenación turística».

2. LA PREPONDERANCIA DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS FRENTE AL CRITERIO DE LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO

En este apartado trataremos de exponer por qué, en nuestra opinión, el criterio de habitualidad²³ empleado por los legisladores autonómicos en los distintos Decretos turísticos, es el instrumento jurídico que fija el final de los *arrendamientos vacacionales* y el consiguiente inicio de los *alquileres turísticos*, así como, consecuentemente, el elemento a partir del cual tienen lugar los dos elementos que la caracterizan: la condición jurídica de las partes (profesionales o empresarios y turistas-consumidores y usuarios); y el ofrecimiento de una serie de servicios puramente turísticos o accesorios al alojamiento.

Por ello, a continuación, trataremos de exponer, por qué, a nuestro juicio, la figura del *alquiler turístico* trae causa en la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la propia LAU *ex* artículo 5, apartado e) (2.1), y, concretamente, en el criterio de habitualidad fijado en los diferentes regímenes específicos, derivados de la normativa sectorial turística (2.2).

2.1 EL ALQUILER TURÍSTICO COMO RESULTADO DE LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES DE LA LAU EX ARTÍCULO 5 E), BASADO EN EL CRITERIO DE HABITUALIDAD FIJADO POR LAS CC.AA.

El *alquiler turístico* tiene su origen en el artículo 5 e) LAU, un apartado que recoge todos los requisitos que debe tener una cesión de vivienda para quedar excluida de su ámbito de aplicación (2.1.1), de entre los que destaca, sobre todos los demás, la existencia de un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística (2.1.2), dentro del cual, se encuentra, como así observaremos posteriormente, la habitualidad.

²³ A modo de aclaración previa, precisamos que el criterio de habitualidad es el criterio principal para determinar la condición jurídica de profesionalidad de un determinado sujeto *ex* arts. 1.1 y 3 del Código de comercio, conjuntamente con el requisito de que el comercio se desarrolle en nombre propio y la capacidad de obrar (este último es un condicionamiento elaborado por la doctrina).

2.1.1 El artículo 5 e) de la LAU: el origen de los alquileres turísticos

En este apartado analizaremos los diferentes elementos que componen el apartado e) del artículo 5 desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, por un lado, y desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico*, como consecuencia de dicha exclusión, por el otro.

De este modo, el mencionado apartado e), que excluye del ámbito de aplicación de la LAU «*la cesión temporal de uso de la totalidad (2.1.1.2) de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato (2.1.1.1), comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción (2.1.1.4), y realizada con finalidad lucrativa (2.1.1.3), cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística (2.1.1.5)*», enumera los elementos que los *arrendamientos vacacionales* deben tener para ser excluidos de la LAU, y, al mismo tiempo, aquellos otros que, paralelamente, representan las características principales de los *alquileres turísticos*.

2.1.1.1 CESIÓN TEMPORAL DE UNA VIVIENDA AMUEBLADA Y EN CONDICIONES DE USO INMEDIATO

El hecho de que la cesión de la vivienda sea de carácter *temporal*, descarta la posibilidad de que esta exclusión se produzca sobre los arrendamientos de vivienda del artículo 2 LAU, cuya finalidad es, precisamente, la satisfacción de una necesidad de carácter *permanente* de vivienda.

De este modo, la exclusión del apartado e) se circunscribe únicamente a los arrendamientos temporales²⁴ de vivienda²⁵ (art. 3.2 LAU), cuya finalidad o uso al que se destinan es la satisfacción de la necesidad de carácter *temporal*²⁶ de una vivienda. Además, con la

²⁴ Como se expone en el propio preámbulo (II) de la propia Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que introduce la exclusión del apartado e) del artículo 5, en defecto de que se aplique la normativa sectorial específica, se precisa que se «*les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación*».

²⁵ No se ven afectados por la exclusión del artículo 5 e) los arrendamientos de local de negocio», que no tienen por objeto del contrato una vivienda en el sentido de *edificación habitable*. Esta idea la desarrollamos en BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1000 a 1038.

²⁶ Nuestro Alto Tribunal concibe el criterio de habitualidad en relación «*no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento*». SSTs N.º 1074/1999, sala 1.ª de lo civil, 15 de diciembre de 1999 y SSTs N.º 790/2011, sala 1.ª de lo civil, 4 de abril de 2011. De esta forma, lo que determinará la

exigencia de que la vivienda se encuentre *amueblada y en condiciones de uso inmediato*, desde nuestro punto de vista, creemos que el legislador está haciendo referencia, dentro de los arrendamientos temporales, a los *arrendamientos vacacionales*, y no así a cualquier tipo de arrendamiento por temporada (como aquellos celebrados por período académico o de segunda residencia), puesto que, a diferencia de los vacacionales, pensamos que pueden llevarse a cabo sin estar amueblados. En esta línea, la Audiencia Provincial de Madrid estimó que, en el caso de que quedase acreditada la falta de limpieza y la inadecuación de un apartamento arrendado para servir al uso que era destinado (el arrendamiento por temporada de la primera quincena del mes de agosto), se puede considerar que un arrendador *«incumplió con la principal obligación asumida frente a la actora, esto es, proporcionar una vivienda amueblada y acondicionada para las vacaciones durante la primera quincena del mes de agosto (...) [ya que] entregó una cosa (...) inhábil en su conjunto, para el uso a que iba destinada, creando una insatisfacción objetiva y justificada de la arrendataria, según los usos normales»*²⁷.

Por estas razones, partiremos de la base de que el *alquiler turístico* es, en origen, un *arrendamiento vacacional* (celebrado entre particulares) que, como consecuencia del mencionado apartado e), quedó excluido expresamente de la LAU.

temporalidad de un arrendamiento no va a ser la duración cronológica del arrendamiento, es decir, que se celebre por un año, por cuatro meses o tres semanas, como así ha interpretado parte de la doctrina, sino que, según la interpretación que hace nuestro Tribunal, la temporalidad de estos arrendamientos se determina en función de la finalidad que se pretenda lograr los mismos, el uso al que se destine, es decir, la satisfacción de una necesidad temporal de vivienda durante un período vacacional (que podrá variar en función de la disponibilidad de la que disponga el arrendatario), o por un período académico (que podrá variar igualmente en función del curso que se desee realizar), o para satisfacer la necesidad de una vivienda como segunda residencia (que podrá variar en función del interés del arrendatario), un concepto de temporalidad configurado en oposición a la idea de la satisfacción de una *necesidad permanente de vivienda*, el uso al que, concretamente, se destinan los arrendamientos de vivienda (art. 2), es decir, a satisfacer la necesidad permanente de una vivienda, de una primera residencia cuyo destino es la simple supervivencia más elemental.

²⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a). Sentencia núm. 574/2009 de 19 octubre. JUR 2010\20360, en un litigio acerca de la *habitabilidad* de una vivienda durante un Arrendamiento vacacional, señaló que *«ha quedado acreditada la falta de limpieza y la inadecuación del apartamento arrendado para servir al uso que era destinado (alquiler de temporada de la primera quincena del mes de agosto) (...) este Tribunal debe forzosamente compartir (...) que el hoy apelante incumplió con la principal obligación asumida frente a la actora, esto es, proporcionar una vivienda amueblada y acondicionada para las vacaciones durante la primera quincena del mes de agosto, de tal manera que debe entenderse que la demandante no hubiera arrendado nunca el apartamento de conocer su estado de suciedad y la inadecuación de sus instalaciones. En definitiva, (...) entregó una cosa (...) inhábil en su conjunto, para el uso a que iba destinada, creando una insatisfacción objetiva y justificada de la arrendataria, según los usos normales. (...) forzoso es estimar acreditado el padecimiento psíquico sufrido por la demandante que vio transformadas sus lógicas expectativas de unos días plácidos de vacaciones, por una situación incómoda, tensa e inaceptable, que la obligó a buscar a toda prisa un nuevo alojamiento»*.

2.1.1.2 LA TOTALIDAD DE UNA VIVIENDA

En segundo lugar, la exigencia de que la cesión de la vivienda deba realizarse sobre la *totalidad de una vivienda* debe analizarse, al igual que el resto de los elementos, desde una doble perspectiva: la del *arrendamiento vacacional* y la del *alquiler turístico*.

Desde el punto de los *arrendamientos vacacionales*, al especificarse que la exclusión deberá realizarse sobre la *totalidad de la vivienda*, entonces, *a contrario sensu*, podríamos plantearnos el siguiente interrogante: ¿Los arrendamientos parciales de vivienda se encuentran sometidos al ámbito de aplicación de la LAU? Es decir, ¿los arrendamientos vacacionales se pueden realizar sobre una habitación? Esta cuestión se puede observar, igualmente, desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico*, planteándonos si estos recaen exclusivamente sobre *la totalidad de una vivienda* y, por lo tanto, se excluye la posibilidad de celebrar alquileres turísticos sobre habitaciones. Estas cuestiones no presentan una fácil solución. De este modo, no es tarea baladí determinar el ámbito normativo de los contratos de arrendamiento celebrados sobre una habitación (en adelante, los CAH). Prueba de esta dificultad es que, más allá de los escasos pronunciamientos doctrinales²⁸, nuestra jurisprudencia menor (ante la falta de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo), presenta tres líneas interpretativas acerca de la legislación aplicable a los CAH²⁹. La primera, considera que los CAH quedan sometidos al ámbito de aplicación de la LAU a través del artículo 2 –como un arrendamiento de vivienda–; la segunda corriente también entiende que quedan sometidos al ámbito de aplicación de la LAU, aunque, en este caso, a través del artículo 3 –como un arrendamiento para uso distinto del de vivienda–; y, finalmente, la tercera línea interpretativa (minoritaria), considera que los CAH no están recogidos en la LAU, sino que están sometidos a lo establecido entre las partes y al Código Civil (en adelante, CC), una posición que venimos defendiendo en reiteradas ocasiones³⁰, una línea interpretativa que, finalmente, parece finalmente haber adoptado nuestro Alto Tribunal³¹ en dos Sentencias recientes en las que dictamina, desde nuestra perspectiva, de

²⁸ Entre otros, ORDÁS ALONSO y VALLADARES RASCÓN, 2013, pp. 91 y 92 y el Cuaderno de arrendamientos urbanos contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario, 2004.

²⁹ El análisis de esta jurisprudencia lo realizamos en BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1000 a 1038.

³⁰ BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1033 y 1034.

³¹ En dos importantísimas Sentencias [núm. 26/2019 (RJ\2019\276) y núm. 25/2019 (RJ\2019\288)], dictadas el 15 de enero de 2019 por la tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se sienta doctrina acerca de la imposibilidad de las CC.AA. para limitar los Alquileres turísticos por habitaciones (y que no comentaremos por no ser el objeto de nuestro análisis).

forma laxa y superficial, sin valorar la complejidad de la problemática en cuestión ni ofrecer una fundamentación jurídica al respecto, que, «*sencillamente la Ley de Arrendamientos Urbanos no se aplica al alquiler por estancias que se sujeta a lo pactado y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código Civil*», de forma que, en base a esto, nos reafirmamos en la idea de que las cesiones parciales de vivienda, como los arrendamientos de habitaciones, no se entienden sometidas al ámbito de aplicación de la LAU y, por lo tanto, no quedan concernidas por lo dispuesto en su articulado³².

Desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico* a partir de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, creemos que el requisito que exige que la cesión de la vivienda deba realizarse sobre la *totalidad* de la misma no afecta a su esencia, de forma que, bajo nuestro punto de vista, los *alquileres turísticos* pueden tener por objeto del contrato tanto la totalidad de una vivienda como tan solo una sola parte de esta. Los *alquileres turísticos* no se ven limitados, entonces, por el requisito que acabamos de analizar, al contrario de lo que sí sucede, sin embargo, con los *arrendamientos vacacionales* —origen de aquellos— que solo pueden tener por objeto del contrato *la totalidad de una vivienda*, ya que dentro del ámbito de aplicación de la LAU no se encuentran los arrendamientos parciales de vivienda³³.

Así las cosas, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* pueden tener como objeto del contrato tanto la totalidad del uso de una vivienda como una única parte de esta, de modo que, en base a esta premisa, los *alquileres turísticos* sí pueden celebrarse sobre una única habitación³⁴. Así las cosas, advertimos al lector que, por una cuestión meramente comparativa con respecto a la figura de los *arrendamientos vacacionales* recogidos en la LAU, los cuales

³² En contra, FUENTES-LOJO RIUS, 2018.

³³ En sentido contrario, SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 125, quien considera que «*si se tratara, en cambio, de la cesión temporal de una o varias habitaciones (sin abarcar, por tanto, la totalidad del inmueble), considero que el contrato tendrá la consideración de arrendamiento para uso distinto de la vivienda y, por tanto, será de aplicación la LAU, al incumplirse uno de los presupuestos contemplados en el art. 5.e) LAU (que se refiere a los supuestos en los que se cede toda la vivienda)*».

³⁴ A título de ejemplo, el artículo 12. 1 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, relativo al régimen de explotación de las viviendas, que disponía que «*las viviendas vacacionales deberán ser cedidas íntegramente a una única persona usuaria, que figurará como responsable en todo caso de la reserva realizada, y no se permitirá la cesión por habitaciones, existiendo prohibición de formalizar varios contratos al mismo tiempo respecto a la misma vivienda, no permitiéndose, por tanto, el uso compartido de la misma*», fue declarado nulo por Sentencia TSJIC (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª) de 21 marzo 2017 (Rec. 94/2015) y de 5 de julio 2017 (Rec. 117/2015), decisión confirmada finalmente por el Tribunal Supremo en las Sentencias [núm. 26/2019 (RJ\2019\276) y núm. 25/2019 (RJ\2019\288)], dictadas el 15 de enero de 2019 por la tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo anteriormente referidas.

están limitados por el requisito de *la totalidad de la vivienda*, en este trabajo haremos referencia única y exclusivamente a los *alquileres turísticos* celebrados sobre la totalidad de una vivienda, y no así a los supuestos de hecho en los que, efectivamente, se hallan celebrado únicamente sobre una parte de la vivienda, ya que, en ese supuesto de hecho, es decir, en la hipótesis de que una cesión del uso de una vivienda realizada con una finalidad lucrativa se circunscribiese exclusivamente al uso de una habitación, no habría lugar a esta comparativa entre *arrendamiento vacacional* y *alquiler turístico*, puesto que, en ningún momento, existiría controversia alguna entre ambas nociones al estar desde el inicio clara la exclusión del *alquiler turístico* parcial del ámbito de aplicación de la LAU.

2.1.1.3 QUE SE REALICE CON FINALIDAD LUCRATIVA»

Esta exigencia no requiere, en principio, mayor análisis, ya que, en caso de celebrarse una cesión del uso y disfrute de una vivienda a título gratuito sería calificada como un contrato de comodato³⁵. Sin embargo, como trataremos posteriormente, la concreción de este requisito debe ser tenido en cuenta por el legislador, como así desarrollaremos en el apartado 3.2.2.1.

2.1.1.4 CANALES DE OFERTA TURÍSTICA O CUALQUIER OTRO MODO DE COMERCIALIZACIÓN O PROMOCIÓN³⁶

Este requisito supone que quedarán excluidas de la normativa arrendaticia tanto las cesiones de una vivienda promocionadas en

³⁵ En este sentido, VIVAS TESÓN, 2002.

³⁶ Este requisito engloba, a título de ejemplo, «*las agencias de viajes, centrales de reserva y otras empresas de intermediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; plataformas webs de promoción, publicidad, reserva o alquiler; y publicidad realizada por cualquier medio de comunicación*», ex artículo 2, b), 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, así como «*las agencias de viajes; centrales de reserva; otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; así como la inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas*», ex artículo 2, b), del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón. También incluye lo dispuesto en el artículo 3. 3, 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, que lo define de una forma más laxa incluyendo dentro de este concepto únicamente a «*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*». Por su parte, y por no extendernos en este particular, finalizaremos con la normativa de la Comunidad de Madrid [Artículo 2. 2, del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.], que, al contrario de las anteriores normativas, no establece una definición para lo que debe entenderse por «*canal de oferta turística*», generándose con ello una cierta confusión e incertidumbre.

canales de oferta turística como las que lo fuesen por cualquier otro medio de comercialización o promoción, a diferencia de lo que estipulaba la redacción originaria del apartado e) de 2013, que tan solo hacían referencia a los canales de oferta turística. En esta línea, buena parte de la doctrina³⁷ considera que *el principal criterio para excluir este tipo de viviendas de la aplicación de la LAU es, precisamente, su promoción a través de canales de oferta turística*. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta apreciación³⁸.

Desde la perspectiva de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, la exigencia de que la cesión de la vivienda sea *comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción*, queda subordinada, al igual que los demás requisitos, a la existencia de un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, el cual, como trataremos de desarrollar a continuación, será aplicable, al igual que el resto de elementos que van a delimitar la figura del *alquiler turístico* (que, como veremos posteriormente, son el ofrecimiento de servicios turísticos o accesorios al alojamiento, y la condición jurídica de profesionales o empresarios de los cedentes de las viviendas, y de consumidores y usuarios de los turistas o huéspedes), a partir de que se entienda que se da el criterio de habitualidad³⁹ establecido en la misma norma, momen-

³⁷ Según GARCÍA SAURA, 2019, p. 55, «la doctrina mayoritaria opina que el principal criterio para excluir este tipo de viviendas de la aplicación de la LAU es, precisamente, su promoción a través de canales de oferta turística». Así, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1231, advierte que «no puede interpretarse el precepto, como ha hecho la mayor parte de la doctrina, en el sentido de que el legislador con la modificación halla dejado sometidos a la legislación turística de las CC.AA. a los contratos de arrendamiento temporal ofertados y comercializados en canales de oferta turística».

Entre otros, MOYA BALLESTER, 2019, p. 164, considera que «el propio legislador nacional contribuye a generar la confusión competencial al excluir de la Ley de Arrendamientos Urbanos la regulación de la cesión temporal de inmuebles cuando éstos se comercialicen a través de canales turísticos, remitiéndolos a una regulación sectorial que no se ha acometido en estos cinco años». Respecto a la jurisprudencia, en su FJ 1, la Sentencia N.º 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 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».

³⁸ En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1231, señala que «de la letra del artículo 5e) en modo alguno puede derivarse la afirmación de que es la oferta y comercialización de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de inmediata disponibilidad realizada a través de Internet por particulares o por profesionales no dedicados a la actividad turística, la actividad que deja excluidos los arrendamientos del ámbito de aplicación de la LAU».

³⁹ 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) Sentencia núm. 88/2018 de 5 febrero, (JUR\2018\90873), en su FJ 2, apuntando que «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 utili-

to a partir del cual, el originario *arrendamiento vacacional* da paso al nuevo *alquiler turístico*.

Precisamente, por esta razón, creemos que no es conveniente unificar ambos elementos, como así vienen realizando distintos legisladores autonómicos, relacionándose el criterio de habitualidad con el uso de canales de oferta turística, como así sucede, a título de ejemplo, con el artículo 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 de la Junta de Andalucía, en el que se dispone que «*se presumirá que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística*», puesto que, como ya ha dictaminado el TJUE⁴⁰, el hecho de publicitar un bien en una plataforma en línea en diversas ocasiones no es motivo suficiente para considerar como comerciante a un particular, ni, por ende, que su actividad económica se esté realizando de forma habitual.

Por lo tanto, a partir de este razonamiento, consiguientemente, entendemos que no sería correcto afirmar que la realización de una actividad de alojamiento (sometida a la LAU), por el simple hecho de ser promocionada a través de una plataforma digital, deba ser considerada como una actividad turística. Consecuentemente, desde la perspectiva de los *alquileres turísticos*, el requisito de que la cesión temporal del uso de una vivienda deba realizarse a través de *canales de oferta turística o cualquier otro modo de comerciali-*

zado 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, p. 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 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 STSJ 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 –artículos 1.1 y 3 de la Orden Ministerial de 17 enero 1967–.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018 ECLI:EU:C:2018:808, accesible desde el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206437&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4136984>, apartados 40 y 44, en los que se dispone que «*el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncios en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados, no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de “comerciante”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2005/29 y del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2011/83*», y que, por lo tanto, «*una actividad como la controvertida en el litigio principal no puede calificarse de “práctica comercial” en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29*».

zación o promoción, quedará subordinado, como el resto, a lo dispuesto en el correspondiente *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*, aplicable, precisamente, desde el momento en el que se considere que se reúnen los parámetros que configuran el criterio de habitualidad.

2.1.1.5 UN RÉGIMEN ESPECÍFICO, DERIVADO DE SU NORMATIVA SECTORIAL TURÍSTICA

De todos los requisitos enumerados en el artículo 5 e) LAU, la existencia de un régimen específico sobre este tipo de alojamientos es el único que produce, de forma independiente, la exclusión del *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU y el correspondiente nacimiento del *alquiler turístico*. El resto de los requisitos analizados antes quedan subordinados a la aplicación de éste. Es más, en la gran mayoría de casos vienen delimitados, precisamente, en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turísticos publicadas por las distintas CC.AA.⁴¹, de tal forma que, en aquellas CC.AA. donde no se halla previsto un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, como es el caso de Extremadura, la exclusión del artículo 5 e) no tendría efectos aunque dicha cesión temporal del uso de la vivienda reuniese los anteriores requisitos, de modo que la calificación jurídica de esas cesiones temporales de la totalidad de una vivienda situadas en estos territorios seguirá siendo la de *arrendamientos vacacionales*⁴², con las importantes consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

A través de esta medida, el legislador estatal parece haber cedido el testigo al autonómico para que afronte la situación problemática derivada del aumento exponencial del uso de alojamientos privados, que, como precisa el segundo apartado del Preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, *«podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos»*. De esta forma, con la introducción del apartado e) al artículo 5, estos supuestos quedan excluidos de la LAU *«para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada»*, que no sufre modificación⁴³. Así, en un principio, el legislador autonómico estaría habilitado para, en el ejer-

⁴¹ En esta línea, DÍAZ VALES, 2018b, p. 43.

⁴² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 160; SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 164.

⁴³ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, *REALA*, 2016, p. 5.

cicio de sus competencias *ex* artículo 148.1.18 de la Constitución española (en adelante, CE), configurar los alquileres turísticos a través de la regulación del *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*. No obstante, y como así desarrollaremos en el apartado 3.1.3, creemos que el legislador autonómico excede de su competencia al delimitar el criterio de habitualidad.

Por todo ello, en el siguiente apartado, nos centraremos en el desarrollo del elemento más relevante del apartado e) del art. 5 de la LAU, es decir, *el régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, como origen de la figura del *alquiler turístico*. Así, a modo de preámbulo, en este régimen específico establecido por los legisladores autonómicos, además de profundizar sobre los elementos expuestos en el apartado e), se establecen los dos aspectos principales que sirven para diferenciar, precisamente, la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, como son la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento de carácter administrativo, por un lado, y la condición jurídica de profesional o empresario de los oferentes de las viviendas, y de turistas o consumidores y usuarios de los huéspedes, dos características que, sin embargo, como así trataremos de desarrollar posteriormente, quedan subordinadas a un tercer elemento que las distingue, como es el criterio de habitualidad establecido en la misma norma, razón por lo consideramos este criterio como el instrumento jurídico que delimita los *alquileres turísticos*.

2.1.2 Principales elementos que caracterizan el alquiler turístico en el régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística. La relevancia de la habitualidad

Del análisis del apartado e) del artículo 5 LAU, extraemos que corresponde al legislador autonómico establecer el *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística* que configura el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato de *alquiler turístico* (2.1.2.1), quien delimita los elementos que la configuran y diferencian con respecto a los *arrendamientos vacacionales* (2.1.2.2).

2.1.2.1 EL ESTATUTO JURÍDICO HÍBRIDO DE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS. UNA APROXIMACIÓN AL ÁMBITO JURÍDICO-PÚBLICO O ADMINISTRATIVO, Y AL JURÍDICO-PRIVADO O CIVIL DE LOS CONTRATOS

De una primera lectura del apartado e) del artículo 5, concretamente el apartado relativo al régimen específico derivado de su nor-

mativa sectorial turística, pudiera pensarse que el régimen jurídico de los *alquileres turísticos* derivase de lo establecido en las normativas sectoriales turísticas de las CC.AA.⁴⁴, siendo estas, pues, las encargadas de configurar la esencia de esta figura *ex* artículo 148.1.18 CE, relativo a la promoción y ordenación del turismo dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, este aspecto debe ser matizado⁴⁵, ya que, como bien tiene entendido la doctrina⁴⁶, hemos de tener en cuenta la doble dimensión jurídica⁴⁷ de los contratos en el análisis los *alquileres turísticos*, una circunstancia que configura a estos contratos un *estatuto híbrido público-privado*⁴⁸. Así, como indica Moreno-Torres Herrera⁴⁹, «*debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas referidas a las viviendas turísticas: de un lado, las destinadas a disciplinar la relación contractual; de otro lado, las que tienen por objeto regular la actividad turística*».

Por lo tanto, según el reparto competencial establecido en la CE⁵⁰, si bien es cierto que, efectivamente, las CC.AA. desarrollan *ex* artículo 148.1.18 CE el ámbito jurídico-público o administrativo de la figura de los *alquileres turísticos*, también lo es que no gozan de competencia legislativa para regular los aspectos jurídico-privados o civiles de los contratos –*ex* artículo 149.1.8 CE⁵¹–, salvo que

⁴⁴ MARTOS CALABRÚS, *RDC*, 2014, p. 92.

⁴⁵ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1207.

⁴⁶ MARTOS CALABRÚS, *RDC*, 2014, p. 75.

⁴⁷ En esta línea, MONTES RODRÍGUEZ, *AJI*, 2016, p. 200, explica que «*desde sus inicios la regulación de la actividad turística ha sido dual, en parte desde el derecho público que perseguía su control desde las administraciones públicas y en parte desde el derecho privado por cuanto tal actividad se desarrolla fundamentalmente mediante la contratación entre las empresas del sector y sus clientes, los turistas*».

⁴⁸ DÍAZ VALES, 2019a, p. 133.

⁴⁹ MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 195.

⁵⁰ El Estado tiene atribuidas exclusivamente las materias previstas en el artículo 149.1, con especial relevancia la relativa a la legislación mercantil (6.º) y civil (8.º), así como lo relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13.º), y por su parte, las CC.AA., por medio de su asunción a través de sus Estatutos de Autonomía, tienen atribuidas las competencias recogidas en el artículo 148.1, como la Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (3.º) y la Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial (18.º) –bases sobre la cual se fundamentan los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas turísticas–. Además, paralelamente a la división competencial, algunas han asumido, de manera residual [PARRA LUCÁN, *RJN*, 1987, p. 151], la competencia plena [sobre este aspecto, es muy pertinente la apreciación que hace ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 537, en la que precisa que «*el término de competencia exclusiva es, como en tantos otros casos, equívoco, ya que no significa lo que parece, esto es, no es cierto que solo la Comunidad Autónoma ejerza competencias en el ámbito de la protección de los consumidores. Los propios Estatutos lo desmienten así como la propia Constitución. Su significado es otro: el de la competencia plena, que abarca tanto competencias legislativas, de desarrollo reglamentario como ejecutivas o de gestión administrativa en dicho ámbito*»] en materia de protección de los consumidores, que, a diferencia de las anteriores –turismo, ordenación del territorio, contratos, etc.–, no se atiene a la distribución de títulos competenciales entre el Estado y las CC.AA., sino que se deriva del artículo 51 de la CE, de modo que es una materia que está regulada tanto por el Estado como por las CC.AA.

⁵¹ En este sentido, podemos hacer alusión a la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2012, sobre la cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001, en la

tengan la competencia atribuida para la conservación, modificación y desarrollo de un preexistente derecho civil, foral o especial sobre la materia concreta⁵².

Consecuentemente, para resolver «*la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el huésped y el titular de la vivienda (o, en su caso, la persona con facultades de disposición sobre la misma)* [cuya respuesta] *determinará el régimen jurídico aplicable al negocio realizado*⁵³», creemos que es necesario afrontar la configuración jurídica de los *alquileres turísticos* teniendo en cuenta, por un lado, (1) la dimensión jurídico-privada del contrato, relativa a la relación obligatoria que se crea entre el cedente de la vivienda y el huésped, y por el otro, (2) la dimensión jurídico-pública, la relación jurídico obligatoria entre el cedente de la vivienda y la administración, dos esferas jurídicas que representan, a su vez, el reparto de competencias atribuidas a las CC.AA. y al Estado⁵⁴ en el ámbito de los *alquileres turísticos*⁵⁵.

cual se declaraba nulo el apartado 4 de la Disposición Transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, por un exceso en su ámbito de competencias por parte de la CC.AA. de Canarias que otorgaba un derecho de adquisición preferente en caso de venta de unidades no destinadas a la actividad turística a los titulares de unidades de alojamiento en explotación. Así, dispone el FJ 4 de la citada STC que «*la adquisición preferente es la esencia de dicho derecho real, pertenece “en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derecho(s) real(es) de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrante(s) de la legislación civil (art. 149.1.8 CE), a salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales” (STC 207/1999, de 11 de noviembre, FJ 5)*». Igualmente, puede verse la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. (RTC 1982/71).

⁵² Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta que el art. 149.1.8 CE solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas comunidades autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieron un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre). En consecuencia, aunque la norma estatutaria disponga que la comunidad autónoma tiene competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, esto no le otorga, desde la óptica constitucional, mayor competencia material que la de legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas. No obstante, esta línea jurisprudencial parece haber evolucionado con la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, en la que se ofrece una novedosa interpretación sobre las bases de la contratación y su posible desarrollo por las CC.AA. con competencias en materia civil.

⁵³ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 148.

⁵⁴ En este sentido, concluye DURBÁN MARTÍ, DPC, 2016, pp. 286. que «*es (...) la distinción entre derecho privado y derecho público el principal criterio empleado para delimitar las facultades del Estado y de las comunidades autónomas a la hora de disciplinar las relaciones obligacionales y contractuales*».

⁵⁵ En este sentido, REPRESA POLO, 2005, p. 17, acerca del contrato de hospedaje, estima que «*debe diferenciarse entre la relación contractual de carácter privado, entre el hotelero y el viajero, cuyo cumplimiento se enmarca dentro de las relaciones entre particu-*

En primer lugar, desde el punto de vista de la dimensión del contrato celebrado entre arrendador y arrendatario, es decir, centrándonos en el ámbito jurídico-privado o civil de los contratos, en el caso los *alquileres turísticos*, se estaría haciendo referencia a la cesión temporal del uso de la totalidad una vivienda amueblada en condiciones de uso inmediato, a cambio de un precio (permítasenos insistir en el hecho de que, en dicha relación originaria, las partes no acuerdan la inclusión de servicios complementarios o añadidos al alojamiento, ya que, en el inicio, era un arrendamiento vacacional⁵⁶), un ámbito que, exclusivamente, incumbe a la relación jurídica que se crea entre las partes que contratan, dos particulares, y no así a las obligaciones que de esta relación puedan originarse con respecto a la administración. Precisamente, por esta razón, desde el instante en el que esta relación jurídico-privada reúna las condiciones expuestas anteriormente en el apartado e) del artículo 5 LAU, se producirá la exclusión la misma del ámbito de aplicación de la LAU, es decir, que no se calificará jurídicamente como un *arrendamiento vacacional*, quedando esta relación jurídico-privada sometida a lo establecido por las partes y, supletoriamente, a lo establecido en el CC⁵⁷. A diferencia de la dimensión jurídico-pública, esta dimensión de los *alquileres turísticos* hace referencia a la esfera sobre la que, exclusivamente, puede regular el legislador estatal *ex* artículo 149.1.8 CE, así como, excepcionalmente, aquellas CC.AA. que tuvieran la competencia atribuida para la conservación, modificación y desarrollo de un derecho preexistente. Por lo tanto, como acabamos de observar sobre la dimensión jurídico-privada del contrato (la relación privada entre el cedente de la vivienda y el huésped), es importante resaltar que, lo estipulado por las diferentes CC.AA. a través de los diferentes regímenes específicos derivados de su normativa sectorial turística, es decir, en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, consecuentemente, no tiene (y no debería tener) nin-

lares y las obligaciones impuestas por la Administración al hotelero, cuyo incumplimiento dará lugar a las correspondientes sanciones administrativas (multas, suspensión de actividades, revisión de la categoría otorgada al establecimiento...). Aquellas obligaciones e instrucciones solo a través de su consolidación por los usos contractuales podrán integrarse en el contenido del contrato, por vía del artículo 1258 C. C., de manera que sólo de forma indirecta inciden en el contrato de hospedaje».

⁵⁶ En caso de incluir estos servicios complementarios, el supuesto de hecho a tratar no sería precisamente el de la exclusión prevista en el artículo 5 de la LAU, ya que estaríamos tratando un contrato de hospedaje, cuya exclusión de la LAU está completamente superada por la doctrina y jurisprudencia.

⁵⁷ De la misma opinión, SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 132, quien señala que «*por lo tanto, en virtud de la expulsión de dicho contrato de la LAU y de la falta de competencias de la mayoría de los legisladores autonómicos para regularlo, las relaciones inter partes que surjan del perfeccionamiento de un contrato de este tipo quedarán sujetas a las reglas del Código civil que regulan el contrato de arrendamiento*».

guna repercusión jurídica en la esfera jurídico-privada de los *alquileres turísticos*, es decir, en la relación jurídica entre el cedente de la vivienda y el huésped (el contrato de arrendamiento), ya que, al ser una materia exclusiva del Estado *ex. artículo 149. 1. 8.º CE* (materia civil), y, al mismo tiempo, las CC.AA. fundar su potestad en el artículo 148.1.18.º CE (materia turística), hace referencia únicamente a la dimensión jurídico-pública del contrato.

Y, en segundo lugar, de forma paralela a la dimensión jurídico-privada del contrato expuesta en el párrafo anterior, se desarrolla el ámbito jurídico-público o administrativo del *alquiler turístico*, relativo a la relación jurídica que se crea entre el cedente de la vivienda y la administración pública, la esfera más relevante a efectos comparativos con respecto a los *arrendamientos vacacionales*. En efecto, es en este ámbito donde incide, precisamente, el régimen específico derivado de su normativa sectorial turística mencionado en el apartado e) del artículo 5 LAU, es decir, el ámbito de los *alquileres turísticos* que vienen a regular los distintos Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico. Justamente, es, sobre esta esfera de los contratos, donde se ubican las principales diferencias (y límites jurídicos) de los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales*, como son, principalmente, la delimitación del criterio de habitualidad, y, como una consecuencia de este, de forma accesoria, la imposición por parte de la administración de una serie de requisitos puramente turísticos al alojamiento. En este contexto, donde los contratos presentan un doble estatuto jurídico (público y privado), nos centraremos en el ámbito jurídico-público o administrativo del *alquiler turístico*, ya que, a nuestro juicio, se halla en este ámbito la respuesta a la problemática planteada anteriormente acerca del límite jurídico entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*. Como así desarrollaremos posteriormente, somos partidarios de que el límite entre ambas figuras jurídicas está configurado, actualmente, por el legislador autonómico a través, precisamente, de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico mediante la fijación del criterio de habitualidad, influyendo, en este caso, exclusivamente en el ámbito jurídico-público o privado de los *alquileres turísticos*.

La relevancia jurídico práctica de la correcta distinción entre los ámbitos jurídico-privado o civil y el jurídico-público o administrativo, se observa, con especial interés, en la delimitación jurídica de los *alquileres turísticos* con respecto a figuras jurídicas afines, como son, por un lado, con respecto al contrato de hospedaje, como así profundizaremos en el apartado 2.2.3, donde expondremos que

el hecho que diferencia ambas figuras se encuentra, esencialmente, en el ámbito jurídico-privado o civil, concretamente en la contratación de una serie de servicios añadidos o complementarios al alojamiento en el hospedaje, y no así en el *alquiler turístico*⁵⁸; y, por otro lado, conforme al *arrendamiento vacacional*, la que presenta mayor interés y ha motivado la realización del presente artículo, donde observamos que la diferencia principal entre ambas figuras se halla, a diferencia de los anteriores, en el ámbito jurídico-público o administrativo de ambos contratos, al circunscribirse a uno de los elementos establecidos en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, concretamente al criterio de habitualidad. En este caso, y partiendo de la base anterior según la cual los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico que desarrollan la exigencia del artículo 5 e) LAU, relativa la existencia de un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, circunscrita al ámbito jurídico-público/administrativo de los *alquileres turísticos* ex artículo 148.1.18 CE, y no así al ámbito jurídico-privado/civil (una materia competencia del Estado ex artículo 149.1.8 CE), creemos que, entonces, y como así desarrollaremos posteriormente, la principal diferencia entre el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* no la hallaremos en la esfera jurídico-privada o civil de los contratos [puesto que, precisamente, como expusimos en la introducción, en este ámbito no queda clarificado el momento exacto en el que, efectivamente, tiene eficacia el apartado e) del artículo 5], sino que, justamente, para poder identificar el momento exacto en el que se entiende que una determinada actividad económica (el alojamiento) debe tener la consideración de una actividad turística y, por tanto, ser regulada por las CC.AA. ex art. 148.1.18 CE, es decir, para fijar cuándo una cesión temporal del uso de una vivienda realizada con una finalidad lucrativa dejará de calificarse como un *arrendamiento vacacional* (sometidos al ámbito de aplicación de la LAU) y se convertirá en un *alquiler turístico* (excluidos del ámbito de aplicación de la LAU), hemos de centrarnos en la esfera jurídico-pública o administrativa de los contratos, concretamente en los elementos dispuestos en los regímenes específicos autonómicos en materia de turismo, es decir, en base a las características que, en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, se otorguen a los *alquileres turísticos*.

Por ello, a continuación, profundizaremos en las principales características que delimitan la figura de los *alquileres turísticos*, propuestas en los diferentes Decretos autonómicos, con la finali-

⁵⁸ En la misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 210

dad de esclarecer, por qué, en nuestra opinión, de entre todos esos elementos, el criterio de habitualidad es el instrumento jurídico que, verdaderamente, fija el final de un *arrendamiento vacacional* y origina el comienzo de un *alquiler turístico*, al ser, precisamente, el límite a partir del cual el resto de características que configuran los *alquileres turísticos* se entienden aplicables.

2.1.2.2 LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DEL ÁMBITO JURÍDICO-PÚBLICO QUE CONFIGURAN EL ALQUILER TURÍSTICO. LA IMPORTANCIA DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD EN SU APLICACIÓN

Del análisis de los Decretos autonómicos que regulan el ámbito jurídico-público o administrativo de estos contratos en base al artículo 148.1.18 CE, destacamos que los elementos que delimitan la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos urbanos* son, en primer lugar, (a) la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y de consumidores y usuarios de los arrendatarios, y, consecuencia de lo anterior, (b) la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento (como así iremos desarrollando en los siguientes puntos), dos características cuya existencia queda subordinada al (c) criterio de habitualidad delimitado en la propia norma.

En efecto, fundamentándonos en la evolución que ha experimentado la normativa turística⁵⁹ y, consecuentemente, la calificación jurídica dispensada al turista⁶⁰, que es *considerado (...) como consumi-*

⁵⁹ Sobre la forma en que ha evolucionado el turismo, se puede consultar FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2018a, pp. 67 a 151.

⁶⁰ CAMPUZANO TOMÉ, 2015, p. 1246, apunta que «*el ordenamiento sectorial del turismo no camina ya por la senda de la autonomía de la voluntad, sino de la ordenación pública de las relaciones inter privados, teniendo los poderes públicos una activa participación orientada a la protección y tutela de los consumidores y usuarios, que desplaza la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no son enteramente libres para fijar a su arbitrio y antojo el contenido obligacional del vínculo contractual. Es importante destacar el doble nivel de protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al turista, en cuanto consumidor por un lado, y en cuanto usuario turístico por otro*». Por su parte, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, comenta que «*(...) el turista per se es un consumidor (...). En cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (...). El prototipo del turista, es un usuario especialmente vulnerable en la medida que se encuentra en un lugar diferente de su residencia habitual, y sujeto, probablemente a unas reglas consuetudinarias diferentes (Auriolés 2006:60); lo que se hace especialmente evidente cuando las estancias se realizan en el extranjero*». Por su parte, DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, 2016, p. 46, explica en la nota a pie de página 88 que «*como hemos visto, también el turista es, a estos efectos, un consumidor. En algunos aspectos la normativa turística es parte integrante de la del consumo, razón por la que se considera informada por el principio de defensa del consumidor en virtud de la obligación que se impone al legislador en el art. 51 CE. De este modo, la ordenación turística no*

*dor y usuario»*⁶¹, al otorgarse la categoría jurídica de turista a los huéspedes que realizan un determinado *alquiler turístico*, concluimos que, consecuentemente, en nuestra opinión, el legislador autonómico, a través de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, lleva a cabo una modificación de la condición jurídica de las partes en los *alquileres turísticos*, los cuales, en origen, eran considerados particulares-no profesionales (en el *arrendamiento vacacional*), y ahora ostentarán la categoría jurídica de profesionales o empresarios turísticos y turistas-consumidores y usuarios. Por lo tanto, la primera de las características que, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, creemos que destaca en la figura de los *alquileres turísticos*, se observa en el hecho de que se otorga al sujeto que se aloja en la vivienda (anterior arrendatario particular) la condición jurídica de turista-consumidor y usuario⁶², de modo que, consecuentemente, al otorgar esta consideración jurídica al huésped, colateralmente se categorizará como profesional o empresario⁶³ al cedente de la vivienda⁶⁴ (en origen, un arrendador particular no pro-

puede ser ajena a la genérica de defensa del consumidor; sino que más bien ha de entenderse integrada, por un lado, en la normativa del consumo de forma complementaria, subsidiaria y genérica, y por otro, con normas sectoriales específicas, tales como las alimenticias, sanitarias, de higiene, seguridad o medio ambiente». En la misma línea GUILLÉN NAVARRO, 2015, p. 120, dispone que «nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.), sino porque ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España». Igualmente, SIMANCAS CRUZ, TERMES CORDOVEZ, PEÑARRUBIA ZARAGOZA, 2017, p. 8, concluyen que «esta modificación de la LAU se ha fundamentado en el hecho de que los arrendatarios de las viviendas solo para uso turístico son turistas y, por tanto, consumidores; ello lo convierte en una cuestión propia de la esfera de lo mercantil. Asimismo, se sustenta en la premisa de que estos arrendamientos no tienen naturaleza civil, por lo que no pueden ampararse en la LAU o en el ámbito de lo civil».

⁶¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, expone que «el turista per se es un consumidor (Fernández 2013:1096); El turista en cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que extiende su ámbito de aplicación a las personas físicas y jurídicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. El prototipo del turista es un usuario especialmente vulnerable en la medida que se encuentra en un lugar diferente de su residencia habitual, y sujeto, probablemente a unas reglas consuetudinarias diferentes (Aurioles 2006:60); lo que se hace especialmente evidente cuando las estancias se realizan en el extranjero».

⁶² Sobre este asunto, PUENTE ORENCH, 2018, p. 300, considera que «la configuración del alojamiento en VFT como una prestación turística, lo equipara al alojamiento en establecimientos hoteleros».

⁶³ COBOS, MALLO y SILVESTRE, 2019, p. 38, afirman que «no se puede sostener (...) que el titular de una VUT no sea una empresa turística de alojamiento cuando (...) [el capítulo en el que se enmarca] lleva por epígrafe, precisamente, “empresas turísticas de alojamiento”».

⁶⁴ Sobre la consideración de los sujetos que participan en el *alquiler turístico* como empresarios o profesionales y consumidores y usuarios, entendemos que se sitúa el pensamiento de los autores que, como veremos posteriormente en el apartado 2.2.3, equiparan las figuras de los *alquileres turísticos* a los contratos de hospedaje, como, a título de ejemplo, GUILLÉN NAVARRO, 2018, p. 46, cuando expone que «la vivienda con un uso turístico,

fesional⁶⁵), una condición jurídica que, posteriormente, justificará la segunda de las características que identifican los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*: la imposición de unos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo. En este sentido, en nuestra opinión, el legislador autonómico, al otorgar a los huéspedes –en origen particulares– el estatus jurídico de turistas *ex* artículo 148.1.18 CE, por considerar que la actividad de alojamiento que realizan, reúne, precisamente, los parámetros de habitualidad descritos en el propio Decreto autonómico para ser considerada como una actividad turística sometida al ámbito de aplicación del Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico [produciéndose, así, la efectiva aplicación del artículo 5 e) LAU], configura, de este modo, la condición jurídica de las partes que intervienen en los *alquileres turísticos*, atribuyéndoles, por un lado, la categoría jurídica de turistas-consumidores y usuarios⁶⁶ a los huéspedes y, paralelamente, la de profesionales⁶⁷ o empresarios⁶⁸ a los oferentes de las viviendas, una condición jurídica recogida en el artículo 1.1.º del Código de comercio en la que, efectivamente, se establece que, para que un sujeto particular que desarrolla una actividad económica sea considerado jurídicamente como un profesional o empresa-

según mi parecer, es una evolución del arrendamiento de temporada desvirtuado (...) que ha derivado hacia un contrato de hospedaje». En este sentido, al equiparar el *alquiler turístico* a un contrato de hospedaje (idea que, como argumentaremos posteriormente, no compartimos), consecuentemente, al caracterizarse los hospedajes, entre otras cosas, por la condición jurídica de profesionales o empresarios de los sujetos que prestan el servicio, los sujetos que desarrollen los *alquileres turísticos* deberían, igualmente, ostentar la misma condición jurídica.

⁶⁵ En la misma línea, OTERO COBOS, 2019, p. 346.

⁶⁶ Sobre la condición jurídica del turista como consumidor y usuario, entre otros, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, expone que «*el turista per se es un consumidor (Fernández 2013:1096); El turista en cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que extiende su ámbito de aplicación a las personas físicas y jurídicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*», así como GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, quien dispone que *nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.), sino porque ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España*».

⁶⁷ DÍAZ ALABART, 2017, p. 137, dispone que «*dentro de este concepto general de empresario se incluye el de productor (...) la razón de hacer esta distinción dentro del concepto de empresario procede de que la reclamación de los derechos de los consumidores no siempre debe dirigirse al mismo profesional de la cadena comercial*».

⁶⁸ En el mismo sentido, PORTO CORTÉS, 2013, p. 27, apunta que «*se entenderá que el contrato se ha celebrado con un consumidor cuando las partes de este sean un consumidor o un usuario y un empresario*», en la misma línea que COBOS, MALLO, y SILVESTRE, 2019, p. 38, que afirman que «*no se puede sostener (...) que el titular de una VUT no sea una empresa turística de alojamiento cuando (...) [el capítulo en el que se enmarca] lleva por epígrafe, precisamente, “empresas turísticas de alojamiento”*».

rio⁶⁹, además de ostentar la plena capacidad legal⁷⁰ y ejercer el comercio en nombre propio⁷¹, debe ejercer, precisamente, la actividad económica de forma habitual, que, en esta ocasión, se equipara con el hecho de ejercer una actividad de alojamiento, una actividad que se entiende que es turística y, por lo tanto, habitual, precisamente, cuando reúna los parámetros de habitualidad establecidos en la propia normativa autonómica. Consecuentemente, el contrato de *alquiler turístico*, a diferencia de los *arrendamientos vacacionales*, además de

⁶⁹ 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*. De esta forma, aunque no sean sinónimos –por no representar una misma realidad jurídica (en este sentido, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 41, dispone que «en la realidad actual, ya no existe correspondencia entre comercio y actividad mercantil. El comercio es solo un sector de esa actividad; y el comerciante una clase de empresario. Es necesario, pues, ofrecer un concepto general de empresario que desvincule de la primera manifestación histórica de esta figura, el comerciante, de modo tal que ese concepto sea válido con independencia del sector de la actividad económica –comercio, industria o servicios– en el que se opere»–, sí que son usados de forma indistinta (sobre este extremo, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 60, señala que «el empresario de hoy es el comerciante de ayer». Por otro lado, ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 107, indica acerca de los conceptos de *comerciante* y de *empresario* que «la discrepancia terminológica que esta diferencia encierra no supone, sin embargo, una antinomia conceptual: el comerciante del texto codificado es sinónimo del empresario de la legislación especial contemporánea»), tanto *comerciante* como *empresario* (A este respecto, expone ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 107, que «ciertamente que la definición de *empresario en sentido jurídico (...)* es mucho más amplia que el concepto de *mero comerciante. (...) Empresario, sin embargo, será cualquier persona que reúna los datos definitorios antes indicados, con independencia de que los bienes y servicios por él ofrecidos participen de la naturaleza intermediadora, extractiva o transformadora. Es, pues, el concepto de *empresario un concepto más amplio que el restringido de comerciante*»).*

⁷⁰ Este requisito se completa cumpliendo las dos exigencias que se establecen en el propio artículo 4 del C. de com, el cual dispone que «*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*». La primera de ellas viene recogida en el artículo 315 CC, que establece la mayoría de edad en los 18 años cumplidos, artículo que se relaciona con el 322 del mismo cuerpo 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.

En conclusión, toda persona mayor de edad satisface el primero de los requisitos exigidos en el artículo 1 del C. de com, con la excepción de aquellas personas que hallan sido declaradas incapaces para gobernarse a sí mismos (artículo 200 CC); y los menores de dieciocho años y los incapacitados que podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes (artículo 5 C. de com).

⁷¹ 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 corroborado por la Doctrina (ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 117; y RUIZ DE VELASCO, 2007, p. 171). Esta tercera condición se establece precisamente para distinguir al empresario mercantil individual de sus colaboradores, administradores, mandatarios, representantes, etc., es decir, de aquellas personas que, al igual que aquellos, también realizan el comercio de forma habitual y profesional pero que, sin embargo, no son considerados empresarios. De esta forma logramos distinguir entre el verdadero empresario que explota su negocio, encarnado en aquella persona que dirige el negocio como la responsable final de adquirir y contraer las obligaciones derivadas de la explotación empresarial, de aquellos otros que actúan en nombre y en representación de otros, como podría ser, a título de ejemplo, el supuesto del artículo 5 del C. de com., donde el tutor no será considerado como empresario, sino el menor que heredó y que podrá actuar a través de, precisamente, un representante.

a lo dispuesto en los mencionados Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (*ex art. 148.1.18 CE*), entendemos que queda sometido al Derecho de consumo⁷² (considerado como el conjunto de normas especializadas en la protección de los consumidores⁷³), a la normativa sobre protección de los consumidores, aplicable, precisamente, cuando un sujeto interactúe con un profesional o empresario⁷⁴. En este sentido, afirma Puente Orench⁷⁵ 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 artículo 148.1.18.º CE, lo cierto es que, al mismo tiempo, en base a la consideración jurídica de las partes, en nuestra opinión, lo hace, igualmente, en base al artículo 51 CE, una materia de difícil delimitación⁷⁶ que, pese a estar asumida por las CC.AA., debido a su carácter multidisciplinar⁷⁷, permite al Estado legislar sobre la misma, con base, cada una de ellas, en su acervo competencial⁷⁸. De esta forma,

⁷² En el mismo sentido, DÍAZ VALÉS, 2018b, pp. 52 y 53.

⁷³ Sobre este particular, DÍAS ALABART, 2017, p. 138 determina que *«un aspecto clave de “la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores”, mencionada en el art. 51 de la Constitución es el de la contratación entre empresarios o comerciantes y consumidores, y es en este ámbito en el que existe una mayor abundancia de normas de todo tipo»*. Efectivamente, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, modificado a su vez por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que delimita el ámbito de aplicación, señala que *esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios»*.

⁷⁴ PANIAGUA ZURERA y MIRANDA SERRANO, 2012, p. 54: *«no hay consumidor, pues, ni en las relaciones entre particulares, ni entre empresarios (...) [únicamente] los realizados entre un consumidor o usuario y un empresario (...)»*. MADRID PARRA, RCE, 2011, p. 32, se cuestiona, en la nota a pie de página n.º 15, la idoneidad de calificar jurídicamente como *consumidor* a un *particular* cuando interactúa con otro *particular*, es decir, en las conocidas relaciones p2p. La nota reza que *Desde un punto de vista jurídico sería cuestionable la calificación como consumidores, aunque halla un «consumo» de bienes o servicios, ya que éstos no son facilitados por un Empresario»*.

⁷⁵ PUENTE ORENCH, 2018, p. 312.

⁷⁶ ESCRIBANO COLLADO, 1992, pp. 535 y 536, en este sentido, hace referencia a *«la ausencia de un desarrollo no sólo doctrinal, sino legislativo y jurisprudencial de los principales aspectos en que se concreta la acción de los poderes públicos en relación con los consumidores y usuarios. Lo demuestra el hecho mismo del significado y valor ordinamental de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de su posición en el sistema de fuentes en este sector de la acción administrativa, sumamente equívoca e incierta si no fuera porque su contenido variopinto y diverso nos recuerda constantemente títulos competenciales estatales heterogéneos»*.

⁷⁷ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, 1995, p. 16.

⁷⁸ En este sentido, dispone El Tribunal Constitucional, en el FJ 4 de la Sentencia 88/86, de 1 de julio de 1986, que: *«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 ésta central o autonómica. En este sentido, “el derecho del consumidor” entendido como el “conjunto de reglas jurídicas que*

precisamente, tiene lugar la segunda de las características que configuran el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos*, como es (b) la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento, fundamentada, además de en el ya citado artículo 148.1.18 CE sobre turismo, en el artículo 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*⁷⁹.

Así, con la intención de proteger al turista (considerado como un consumidor y usuario⁸⁰) y garantizarle un mínimo de calidad en los destinos que se ofrecen a través de los *alquileres turísticos*, el legislador autonómico, en base al criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, pensamos que fija el momento en el que una simple actividad de alojamiento (calificada como *arrendamiento vacacional*) pasa a ser considerada una actividad turística (calificada como un *alquiler turístico*), equiparable a la operación de un establecimiento hotelero que por definición presta servicios turísticos de alojamiento⁸¹, justificándose, de este modo, la segunda de las características de los *alquileres turísticos*, (b) la imposición de los servicios turísticos o accesorios al alojamiento orientados a la protección y al equilibrio de una presunta situación desigual⁸² entre una parte débil (el turista) y otra fuerte⁸³ (el empresario).

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».

⁷⁹ Exposición de Motivos del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turístico de Andalucía.

⁸⁰ En estos términos, HERRADA ROMERO, 2017, p. 238, expone que «el rasgo más relevante del contrato turístico, en cualesquiera de sus expresiones, es que constituye el paradigma del contrato de consumo o relación jurídica de consumo, pues en aquel son parte, por hipótesis, un empresario turístico y un turista o usuario de servicios turísticos, parte débil de la relación». De este modo, afirma que «el usuario de servicios turísticos goza, como usuario o consumidor, de la protección general dispensada a los consumidores todos por la LGDCU y, por razón de serlo de servicios turísticos, también del régimen especial de protección previsto en el ámbito de la actividad turística, expresado en diversas normas autonómicas, legales y reglamentarias».

⁸¹ PUENTE ORENCH, 2018, p. 300.

⁸² DE LEÓN ARCE, 2016, p. 96, apunta que *esta defensa y promoción tiene como núcleo justificativo una persona que contrata para satisfacer sus necesidades en condiciones de desigualdad frente a quienes le proporcionan los bienes y servicios que el cubrir aquellas requiere. Los criterios correctores de esta desigualdad proporcionados por la normativa jurídica forman un conjunto específico cuyo fin es la defensa y promoción de los consumidores, conjunto normativo que constituye una nueva disciplina jurídica denominada por un amplio sector doctrinal Derecho de Consumo (...)*».

⁸³ En el caso en que el consumidor (particular) interactuación con otro particular (oferente), al darse una relación entre iguales (como sucede en el arrendamiento vacacional), entonces, el Derecho de consumo no es aplicable al desaparecer la desigualdad que se trata de equilibrar. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ, 2011, p. 58, «se descartó que la LGDCU tuviese algo que decir en las relaciones entre particulares

En esta línea, considerando a las partes del contrato como profesionales o empresarios y consumidores y usuarios, en nuestra opinión, se elaboró, a título de ejemplo, la Exposición de motivos de la normativa autonómica vasca sobre viviendas de uso turístico, al indicar que las *viviendas particulares para uso turístico son empresas turísticas de alojamiento*», o el Decreto autonómico de Andalucía, donde, entre otros aspectos, se expone que el objetivo de la norma es la fijación de unas garantías mínimas de calidad y de seguridad para las personas usuarias turísticas⁸⁴ (pese a que, posteriormente, se trate de minimizar la relevancia jurídica de los términos jurídicos empleados para referirse a los sujetos concernidos y los consiguientes efectos jurídicos de esa acción⁸⁵). Más evidente sobre la condición jurídica de profesionales o empresarios y consumidores y usuarios de los sujetos que intervienen en los *alquileres turísticos*, se muestra la Comunidad de Madrid, que dispone que, con la finalidad de mejorar la calidad turística y la seguridad ciudadana, *los propietarios de los alojamientos turísticos quedan*

cuando ninguno de ellos actuaba empresarial o profesionalmente». Igualmente, MUÑOZ PÉREZ, 2017, p. 207, apunta que *el intercambio jurídico entre particulares no es objeto de regulación específica sino que debe remitirse a las previstas en el Derecho privado*». Ver la STJE de 5-12-2013 –Asunto C-508/12–, apartado 33: *«pues bien, procede constatar que tampoco existe un desequilibrio entre las partes en una relación contractual como la controvertida en el litigio principal, a saber entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales. Por tanto, dicha relación no puede someterse al régimen de protección aplicable respecto de consumidores que celebran contratos con personas que realizan actividades comerciales o profesionales»*.

⁸⁴ Conforme al artículo 28.1.a) de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, tiene la consideración de servicio turístico el alojamiento cuando se facilite hospedaje o estancia a las personas usuarias de servicios turísticos. Constituye el objeto de este Decreto regular las viviendas que ofertan el servicio de alojamiento turístico a fin de establecer unas mínimas garantías de calidad y seguridad para las personas usuarias turísticas. Además de lo señalado en el segundo párrafo, la necesidad de esta regulación viene dada por otras causas. Una de estas causas es la de seguridad pública. Así, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla las actividades de hospedaje. Otra de las causas es la de protección de personas usuarias de servicios turísticos, una protección de sus derechos como usuarios de unos servicios específicos, de manera que el disfrute, por un lado, y la tranquilidad por otro, puedan ser garantizados, lo que se realiza mediante la exigencia de una serie de requisitos que se consideran mínimos para lograr el confort y la seguridad necesaria para los *turistas*. Además, se precisa tener un censo de viviendas con fines turísticos en Andalucía, implementado a través del Registro de Turismo de Andalucía, para eliminar su clandestinidad y la competencia desleal en la actividad turística, como instrumento eficaz en garantía de la mencionada seguridad ciudadana e, igualmente, en la lucha contra el fraude, así como para velar por el cumplimiento de unos requisitos mínimos básicos de infraestructura y de calidad, cuya exigencia supone un criterio irrenunciable de la acción de la Administración turística andaluza que, en todo caso, dispone de potestades de inspección y sancionadora como posibles medios con los que perseguir una situación irregular.

⁸⁵ Según el Decreto, el servicio que se ofrece en este tipo de alojamientos *«no supone, con carácter general, la actividad principal de la persona propietaria (...) dada la singularidad de este tipo de alojamiento, existe una proporcionalidad en la exigencia de requisitos. (...) [que] son más reducidos que los que se imponen a otros alojamientos turísticos, tratándose de requisitos relacionados más directamente con la prestación del servicio, la dotación de una calidad básica en la oferta, así como la atención y el derecho de información de las personas usuarias»*.

sujetos ahora al cumplimiento de una serie de requisitos. Entre ellos (...) poseer hojas oficiales de reclamación a disposición de los usuarios»⁸⁶. Finalmente, cabe destacar que el Ayuntamiento de Sevilla ha previsto modificar el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) para regular los alojamientos turísticos de la ciudad, una medida con la que se pretende obligar a las viviendas con fines turísticos a pedir licencia de hospedaje de carácter terciario, como hoteles, pensiones o apartamentos, limitando urbanísticamente su implantación⁸⁷.

En definitiva, creemos que el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos* se caracteriza, en primer lugar, por la condición jurídica de profesionales o empresarios y de consumidores y usuarios de las partes, a partir de la cual, consiguientemente, se fundamenta la exigencia imperativa del ofrecimiento de una serie de servicios turísticos o accesorios al alojamiento, dos elementos que se entienden aplicables a partir del criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos. En este sentido, y retomando la problemática planteada al inicio de este artículo, a nuestro juicio, la existencia de estas dos características que delimitan la esfera administrativa de los *alquileres turísticos* (con respecto a los *arrendamientos vacacionales*), por sí solas, no son suficientes para determinar el momento exacto en el que, jurídicamente, se entiende que una cesión temporal del uso de una vivienda, realizada con una finalidad lucrativa, debe calificarse como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU, o, por el contrario, como un *alquiler turístico*, excluido de la LAU. En nuestra opinión, la aplicabilidad de estas características queda subordinada, al igual que la propia efectividad del apartado e) del artículo 5 de la LAU y, en definitiva, la misma existencia de la figura del *alquiler turístico*, a la aplicación del tercer elemento o característica que configura los contornos de esta figura jurídica: el criterio de habitualidad. Por lo tanto, de entre todas las características que configuran la figura del *alquiler turístico*, entendemos que el criterio de habitualidad es el elemento principal o nuclear que determina y fija tanto el momento en el que se produce la concreta exclusión de los (originalmente) *arrendamientos vacacionales* del ámbito de aplicación de la LAU *ex* artículo 5 e), como el nacimiento del *alquiler turístico*.

Así, y pese a que nuestra posición al respecto es contraria al parecer de la doctrina mayoritaria, en el siguiente apartado trataremos de

⁸⁶ 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.

⁸⁷ https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-ayuntamiento-modificara-pgou-para-regular-alojamientos-turisticos-sevilla-201811271734_noticia.html

argumentar por qué consideramos que el criterio de habitualidad establecido en los distintos regímenes específicos autonómicos derivados de su normativa sectorial (los Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico), es el elemento que determina la exclusión operada por el apartado e) del artículo 5 LAU.

2.1.3 El criterio de habitualidad: el instrumento jurídico que delimita el alquiler turístico del arrendamiento vacacional. Una posición doctrinalmente minoritaria

Para ofrecer una respuesta a la problemática planteada en la introducción de este artículo, creemos que es necesario abstraernos de las diferentes características que delimitan los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales* y centrarnos, con carácter previo, en el interrogante que, en base a lo anterior, creemos que no queda resuelto: ¿en qué preciso momento se entiende efectiva la exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU, y, consiguientemente, la aplicación de los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico? O, de un modo más literal, ¿En que preciso momento se considera que, como reza el propio apartado e) del artículo 5 LAU, *la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, debe entenderse, efectivamente, sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*, a partir de la cual le son de aplicación las distintas características propias del ámbito jurídico-público/administrativo de los *alquileres turísticos*?

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer por qué defendemos, que, en contra de lo dispuesto por la corriente doctrinal mayoritaria, la respuesta al interrogante planteado se halla en el controvertido criterio de habitualidad establecido en los propios Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (2.1.3.1), a partir del cual se determina, a su vez, el momento en el que se entienden aplicables los principales elementos que caracterizan los *alquileres turísticos* (2.1.3.2)

2.1.3.1. EL CRITERIO DE HABITUALIDAD COMO LÍMITE ENTRE LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES Y LOS ALQUILERES TURÍSTICOS

Según lo expuesto anteriormente, en nuestra opinión, el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos

sobre viviendas de uso turístico (que desarrollamos en el apartado 3.1.1), es el instrumento jurídico empleado por nuestro legislador (en este caso, el autonómico) para fijar y delimitar el momento exacto en el que una cesión temporal del uso de una vivienda realizada con una finalidad lucrativa, celebrada entre particulares, sin que se acuerde la inclusión de servicios complementarios o añadidos al alojamiento (puesto que, en ese supuesto, sería un contrato de hospedaje, como así desarrollaremos posteriormente), calificada tradicionalmente como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU, se entiende, inmediatamente, excluida (en lo relativo al ámbito jurídico-privado o civil del contrato) del ámbito de aplicación de la mencionada norma, *ex artículo 5 e*) LAU, y, al mismo tiempo, sometida al régimen jurídico establecido por el propio Decreto autonómico (en lo relativo al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato), dando como resultado la aparición de la figura del *alquiler turístico*.

Efectivamente, en base a la existencia del criterio de habitualidad, se produce la efectiva exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU y, consecuentemente, la aplicabilidad del correspondiente Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico, siéndoles de aplicación, a partir de entonces, los dos elementos que diferencian la figura de los *alquileres turísticos* de la de los *arrendamientos vacacionales*, como son la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y de consumidores y usuarios de los arrendatarios, y la exigencia de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento. Como expusimos anteriormente, es, a partir de que se entiende aplicable el Decreto autonómico en materia de viviendas de uso turístico, es decir, a partir de que se entiende que existe habitualidad en una determinada actividad de alojamiento y, por lo tanto, pasa a tener la consideración de turística, cuando, además de originarse el final de un *arrendamiento vacacional* y el correspondiente origen del *alquiler turístico*, se produce la consiguiente modificación de la configuración jurídica de los sujetos que lo protagonizan, que pasan de ser particulares (como así sucede en el supuesto de los *arrendadores vacacionales*), a empresarios/profesionales y turistas-consumidores y usuarios en los *alquileres turísticos*, por estimarse que la frecuencia de la actividad económica no se desarrolla de forma ocasional, sino mas bien habitual⁸⁸, derivando, consecuentemente, en un actividad turística, en base a la cual, efectivamente, el legislador autonómico funda-

⁸⁸ En esta dirección, DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 19, comenta que «*urge el establecimiento de un criterio de diferenciación razonable y proporcionado entre las transacciones que deben ser consideradas mero contrato de alquiler de temporada regido por el Derecho Privado y las que deben calificarse de alojamiento turístico sujeto a la regulación administrativa. A esos efectos, el criterio clave es, probablemente, la profesionalidad*».

mentará su legitimidad constitucional para abordar su regulación *ex* artículos 148.1.18 y 51 CE.

De este modo, y por este orden, se justificaría, posteriormente, la segunda característica que hemos destacado sobre los *alquileres turísticos*, que, al mismo tiempo, también sirve para diferenciarla de los *arrendamientos vacacionales*: los requisitos obligatorios de carácter puramente turístico o accesorio al alojamiento, fruto de la imposición administrativa, y no del acuerdo libre y voluntario de las partes. Así pues, y como ampliaremos posteriormente, somos partidarios de que mediante la reconfiguración del criterio de habitualidad se resolvería la «*complej[a] [tarea] de atribuir a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional y a los arrendamientos turísticos el régimen jurídico adecuado*»⁸⁹, delimitándose la confusa⁹⁰ línea jurídica que separa los *arrendamientos vacacionales*⁹¹ (celebrados entre particulares, sin servicios complementarios o añadidos al alojamiento ni sometidos al Derecho de consumo ni a la normativa autonómica de turismo) de los *alquileres turísticos*, que, protagonizados por profesionales y consumidores y usuarios, quedan sometidos a la normativa autonómica y al Derecho de consumo. Quedaría fijado, con precisión, el momento en el que la exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU se produce y origina la figura del *alquiler turístico*.

Por otro lado, conviene advertir que, junto al criterio de habitualidad, en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, se delimita, igualmente, otro límite temporal destinado a fijar o delimitar, precisamente, esa corta duración que caracteriza a los *alquileres turísticos*. Sin embargo, en este caso, al contrario del criterio de habitualidad, el límite temporal es de máximos⁹², y fija, cuantitativamente, el concepto de temporalidad de estas figuras jurídicas⁹³. En efecto, en el supuesto en el que una

⁸⁹ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1215.

⁹⁰ En la Sentencia núm. 156/2016 de 7 de septiembre. JUR 2017\59652, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, se señala que es «*difícil en algunos casos determinar si nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de temporada, incluido en el ámbito del art. 3.2 LAU, o ante uno de carácter turístico o vacacional del art.5.e LAU*». En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1203, comenta que *los propietarios (...) tienen miedo a quedar fuera de la legalidad si el alcance de la exclusión se extiende a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional que se oferten o comercialicen en páginas web o portales inmobiliarios, dejándolos sometidos a la rígida regulación turística de las CC.AA*.

⁹¹ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1215.

⁹² El mínimo, desde nuestro punto de vista, vendría determinado por el propio criterio de habitualidad.

⁹³ Por su parte, GUILLÉN NAVARRO, *RAAP*, 2015, p. 120, dispone que «*cuando se habla de temporalidad, ésta debe analizarse desde dos puntos de vista como son la cesión mínima y máxima permitida por la normativa para esta tipología de alojamiento turístico*». En nuestra opinión, ese hipotético límite inferior-mínimo de la temporalidad lo representa, precisamente, el criterio de habitualidad, que más que un simple límite temporal-infe-

cesión temporal del uso de una vivienda superase el límite temporal máximo establecido en el propio Decreto autonómico, entonces, y de forma análoga a lo que sucedería en el extremo opuesto (en el supuesto en el que la frecuencia con la que cediese una vivienda no llegase al mínimo establecido por el criterio de habitualidad), dicha cesión temporal de vivienda no podría ser calificada como *alquiler turístico* al no ser aplicable el régimen específico derivado de su normativa sectorial, de modo que, en ese supuesto, no podría ser calificada jurídicamente como *alquiler turístico*, sino como *arrendamiento vacacional*⁹⁴. De este modo, con la delimitación de ambos criterios, fijados en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico elaboradas por cada CC. AA., creemos que el legislador, actualmente el autonómico, delimita los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*. Así, en el extremo inferior o de mínimos, el más relevante [al ser el detonante de la exclusión de los arrendamientos que opera en el apartado e) del artículo 5 LAU], quedan delimitados mediante los distintos parámetros que marcan el criterio de habitualidad, determinándose de esta forma cuál es el origen o el comienzo de los *alquileres turísticos*, y, en su extremo opuesto, mediante el límite temporal superior o de máximos, mediante el cual se delimita la temporalidad que define la corta duración de estos *alquileres turísticos*. De esta forma, una cesión temporal del uso de una vivienda, en caso de superar el límite máximo de la temporalidad, no quedaría, consecuentemente, sometida al ámbito de aplicación del propio Decreto autonómico que lo determina, siendo calificada como *arrendamiento vacacional*.

Como conclusión, y como así profundizaremos a continuación, nos reafirmamos en la idea de que el criterio de habitualidad representa el instrumento jurídico que diferencia las figuras del *arrendamiento vacacional* (LAU) y el *alquiler turístico* (excluido de la LAU), en contra de lo dispuesto por la doctrina mayoritaria, que

rior, representa el criterio a partir del cual una actividad económica, que, en principio, se ejerce de forma ocasional o no profesional, pasa a ser considerada como una práctica habitual o profesional, con las importantes consecuencias jurídicas que ello implica. Sin embargo, el límite de la temporalidad aquí establecido determina cuantitativamente el límite de lo que se considera corta duración» de una determinada cesión de vivienda para determinar su sometimiento al ámbito de aplicación del Decreto (siempre y cuando, previamente, se cumpla el requisito de habitualidad).

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva, la temporalidad única y exclusivamente representa el límite superior-máximo.

⁹⁴ Nótese que, a diferencia de lo que sucede con el requisito de *la* temporalidad que distingue entre los arrendamientos de vivienda del artículo 2 de la LAU, y los celebrados por temporada del artículo 3.2 de la LAU (ver nota a pie de página n.º 26), en este caso, el concepto de corta duración» de los alquileres turísticos no se identifica con la finalidad a la que se destine el alquiler turístico, sino que viene fijada de forma cuantitativa, un límite que varía en función de lo dispuesto por cada CC.AA.

considera que el límite mencionado lo determina la existencia de servicios adicionales al alojamiento. Así, en contra de la posición doctrinal mayoritaria, entendemos que tanto los servicios puramente turísticos como la condición jurídica de los sujetos que los desarrollan, es decir, las características que conforman los elementos que diferencian los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales* (en la esfera jurídico-pública o administrativa de los contratos), tienen vigencia a partir del criterio habitualidad fijado en los mismos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, de modo que, en nuestra opinión, pensamos que ninguno de los dos puede llegar a ser, de forma independiente, el criterio principal para delimitar las dos figuras jurídicas, razón por la cual, la imposición administrativa de los mencionados servicios turísticos o accesorios al alojamiento, en base a lo anterior, entendemos que no pueden ser considerada como un instrumento jurídico que delimite los *alquileres* respecto de los *arrendamientos vacacionales*.

2.1.3.2 EL CRITERIO DE HABITUALIDAD FRENTE A LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO

Partiendo de la base de que las características que configuran la figura de los *alquileres turísticos* vienen fijadas en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es de presuponer que, consecuentemente, tanto los mencionados elementos que la caracterizan, como la propia figura del *alquiler turístico*, queden subordinados a la aplicabilidad de la normativa que los contiene, es decir, a los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, las cuales, a su vez, están supeditadas a los distintos criterios de habitualidad en ellas fijados, que, precisamente, delimitan no solo el momento en el que se entienden aplicables, sino el momento en el que es efectiva la exclusión prevista en el artículo 5 e) de la LAU y, consecuentemente, se entienden aplicables las características que definen el ámbito jurídico-público de los *alquileres turísticos*.

Siguiendo esta hipótesis, tanto la obligación de ofrecer servicios turísticos o accesorios impuestos por los distintos Decretos autonómicos, como la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y la de consumidores y usuarios de los arrendatarios que caracterizan el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos*, dependen del límite inferior o de mínimos establecido en los propios Decretos autonómicos que representa el criterio de habitualidad. Por lo tanto, consideramos que, a partir del criterio de habitualidad, tienen lugar las dos carac-

terísticas que, en el ámbito jurídico-público o administrativo, configuran los *alquileres turísticos*, en contra del parecer mayoritario de la doctrina, que, de forma extendida, entiende que el requisito para diferenciar los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales* no es el criterio de habitualidad, sino la existencia de prestar unos servicios adicionales al alojamiento que se deriva, precisamente, del criterio de habitualidad.

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer los principales motivos por los que pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico pertinente para delimitar los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*. Para llegar a esta conclusión, previamente, deberemos esclarecer otro interrogante sobre el cual no existe aun consenso: ¿el *alquiler turístico* se puede equiparar al contrato de hospedaje? En este caso, nos posicionamos en contra de esta posibilidad, defendiendo, en este sentido, que los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje, una conclusión a la que llegaremos, en este caso sí, analizando la condición jurídica de los servicios adicionales al alojamiento, puesto que, como así desarrollaremos a continuación, en los *alquileres turísticos*, los servicios son puramente turísticos o accesorios al alojamiento, de carácter público o administrativo, mientras que los servicios que caracterizan la figura del hospedaje son complementarios o añadidos al alojamiento, por lo que, a diferencia de los anteriores, son de carácter privado o civil, propios del ámbito jurídico-privado/civil del contrato.

2.2 LA INAPLICABILIDAD DE LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO COMO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS Y LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES

Ante la incertidumbre que genera la problemática planteada en este artículo, con la que tratamos de discernir cuál es el instrumento jurídico que permite diferenciar el momento exacto en el que, por un lado, se produce la efectiva aplicación del apartado e) del artículo 5 LAU mediante el cual se excluye toda *cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*, así como el momento en el que se origina, consecuentemente, la figura del *alquiler turístico*, en este contexto, hemos defendido

que el criterio de habitualidad, delimitado en los distintos Decretos autonómicos [considerados como el *régimen específico, derivado de su normativa sectorial* precisado en el apartado e)], es el instrumento jurídico que sirve para solucionar esta situación incierta. Sin embargo, nuestra propuesta se contrapone a lo entendido por la doctrina mayoritaria, que considera que el instrumento jurídico que permite distinguir los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos* es la existencia o no de servicios adicionales al alojamiento.

Tras haber abordado, precedentemente, por qué consideramos que la solución jurídica a la problemática esbozada se encuentra en el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos de turismo, en el presente apartado nos detendremos en tratar de identificar y profundizar las razones principales por las cuales pensamos que, contrariamente al parecer mayoritario de la doctrina, creemos que los servicios adicionales al alojamiento no pueden ser considerados como un elemento o factor jurídico válido que responda a la problemática planteada.

Por ello, a continuación, tras analizar la visión general de la doctrina sobre este asunto, basada en la existencia de servicios adicionales al alojamiento (2.2.1) y en la hipotética equiparación entre los *alquileres turísticos* y los contratos de hospedaje, propondremos, precisamente, una clasificación de los servicios adicionales al alojamiento (2.2.2) a partir de la cual se observará que, este elemento, en lugar de servir como instrumento jurídico que delimita los *arrendamientos vacacionales* con respecto a los *alquileres turísticos* (en la línea con la problemática que se trata de solventar en este artículo), sirve para delimitar los *alquileres turísticos* con respecto a los contratos de hospedaje, (2.2.3), siendo, precisamente esta clasificación, la principal razón por la que no consideramos este elemento como el instrumento jurídico adecuado para resolver la problemática planteada (2.2.4).

2.2.1 Una posición doctrinalmente mayoritaria: los servicios adicionales al alojamiento como el instrumento jurídico clave

Como ya hemos avanzado anteriormente, la postura doctrinal mayoritaria considera 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 en base al criterio de habitualidad establecido en los propios Decretos normativos.

En efecto, advierte Fernández Pérez⁹⁵ 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»*. En esta línea, Campuzano Tomé⁹⁶ dispone que *«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 su parte, Martínez Cañellas⁹⁷ estima que *«la cesión de uso de viviendas con prestación de servicios turísticos es un contrato de alojamiento sujeto a los requisitos y límites de la LTIB y a su régimen sancionador. En caso de que no se presten servicios turísticos, nos encontraremos ante un arrendamiento de temporada, no regulado por la LTIB, por lo que no quedará sujeto a su régimen sancionador»*, así como Roca Fernández-Castanys⁹⁸, quien, respecto a las diferencias entre los arrendamientos vacacionales y los alquileres turísticos, señala, sobre estos últimos, que, si bien *«podría pensarse que se trata de una especie o modalidad del arrendamiento de temporada, se diferencia de éste por una serie de notas peculiares (por ejemplo, la prestación de determinados servicios a los usuarios)»*. Por otro lado, comenta Moreno-Torres Herera⁹⁹ que *«el aspecto decisivo al que hay que atender para calificar el tipo contractual en el que encaja el alojamiento VFT, es la asunción o no del deber del cedente del uso de procurar al turista, no sólo la posesión del inmueble, sino también determinados servicios»*, en la misma línea que González Cabrera¹⁰⁰, quien expone que *«es la referencia a estos servicios complementarios lo que permitirá diferenciar el contrato de hospedaje del nuevo contrato de alojamiento que se celebra para el disfrute de*

⁹⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, pp. 89 y 95.

⁹⁶ CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1205.

⁹⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, p. 175.

⁹⁸ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, RIDETUR, 2017, p. 7.

⁹⁹ MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 211.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 35.

las viviendas vacacionales», así como Sánchez Jordán y García García¹⁰¹, que concluyen que «por lo tanto, la caracterización del contrato va a depender del mayor o menor nivel de exigencia de la normativa autonómica –mejor, de la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento– (...), ya que lo determinante es que coexistan las prestaciones caracterizadoras del contrato de hospedaje». De este modo, de forma general, la solución que plantea la doctrina a la problemática tratada en este artículo se identifica con la existencia de unos servicios adicionales al alojamiento.

Siguiendo esta hipótesis, en el caso de que aceptásemos como válida la premisa propuesta por esta corriente doctrinal, según la cual, el instrumento jurídico que determina si el régimen jurídico aplicable a una cesión temporal del uso de una vivienda, realizada con una finalidad lucrativa, celebrada entre particulares a través de una plataforma digital, es el de los *arrendamientos vacacionales* o, por el contrario, el de los *alquileres turísticos*, fuese la existencia de unos servicios adicionales al alojamiento (y no el criterio de habitualidad), en ese supuesto, creemos que, debido a la repercusión jurídica que se deriva de la calificación jurídica de estas prácticas, concretamente en lo relativo al ámbito normativo al que se someten, sería pertinente aclarar, entonces, los siguientes interrogantes, ¿a qué tipo de servicios adicionales al alojamiento se hace referencia? ¿A que ámbito jurídico del contrato del *alquiler turístico* afectan los mencionados servicios adicionales al alojamiento? ¿Son equiparables, en exclusiva, a los servicios complementarios o añadidos al alojamiento propios de los arrendamientos complejos como contrato de hospedaje? En caso afirmativo, ¿Se puede considerar que los *alquileres turísticos* son contratos equiparables a los contratos hospedajes? En caso negativo, ¿Qué diferenciaría entonces a estos dos contratos? ¿Presentan servicios adicionales al alojamiento diferentes a los del hospedaje? De esta forma, creemos que, para poder considerar que, el ofrecimiento de unos servicios adicionales al alojamiento, representa el instrumento jurídico que distingue los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, los interrogantes anteriores deben quedar, con carácter previo, meridianamente clarificados. Así, con la finalidad de exponer por qué pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico clave para diferenciar las figuras de los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales*, a continuación, analicemos la condición jurídica de los mismos. Para ello realizaremos una clasificación de los diferen-

¹⁰¹ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178 y 184.

tes tipos de servicios adicionales en dos grupos, en función de su condición jurídica y del ámbito jurídico (público o privado) del contrato en el que inciden¹⁰². De esta forma, al delimitar, con detalle, este elemento, podremos precisar, posteriormente, por qué pensamos que, concretamente, los servicios adicionales al alojamiento no sirven para delimitar los *alquileres turísticos* conforme a los *arrendamientos vacacionales*.

Advertimos al lector que, al igual que incidíamos anteriormente en la importancia del uso preciso de la nomenclatura utilizada para referenciar los *alquileres turísticos* y los *arrendamientos vacacionales*, en el presente escenario, ante las diferentes acepciones que se le otorgan a este tipo de servicios (adicionales, complementarios, turísticos, prestaciones accesorias, servicios necesarios mínimos, servicios esenciales), creemos que es conveniente proponer, igualmente, el uso de una terminología concreta y precisa para hacer referencia al instrumento jurídico utilizado, un concepto al que, como ya hemos comenzado a realizar, ya estamos haciendo referencia mediante el uso del término generalista *servicios adicionales* al alojamiento, y poder identificar el verdadero tipo de servicio adicional al alojamiento que tiene presencia en los *alquileres turísticos*, diferenciado de los servicios que caracterizan el contrato de hospedaje como un arrendamiento complejo, clasificándolos en dos tipos según su condición jurídica: los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento (de carácter público o administrativo), cuya exigencia, como expusimos anteriormente, quedaría subordinada al criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos; y los servicios *añadidos o complementarios* al alojamiento (de carácter privado o civil), cuya exigencia, a diferencia de los anteriores, queda sujeta a la libre disposición de las partes.

2.2.2 La necesaria concreción de los servicios adicionales al alojamiento: una propuesta de clasificación en base a su condición jurídica

Para exponer por qué pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es válida como instrumento jurídico para delimitar los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, creemos que, con carácter previo, es necesari-

¹⁰² Nos permitiremos incidir en que, en este caso, no haremos referencia a dos tipos de servicios adicionales al alojamiento que inciden, de forma concreta, en la figura de los *alquileres turísticos*, sino a una clasificación, de carácter general, de los servicios adicionales al alojamiento en base a su condición jurídica.

rio identificar y clarificar la condición jurídica, precisamente, de este elemento, de los servicios adicionales al alojamiento, con la finalidad de dar respuesta a la problemática planteada en el presente artículo.

Por ello, a continuación, y teniendo en cuenta la *«imperiosa necesidad de deslindar los aspectos puramente administrativos de aquellos civiles del contrato»*¹⁰³, ofreceremos una clasificación de los distintos servicios adicionales a los alojamientos, basada en el ámbito jurídico del contrato en el que tienen incidencia, diferenciándolos, así, en dos grupos: los servicios *accesorios o turísticos*, de carácter público o administrativo (2.3.2.1), y los servicios *complementarios o añadidos*, de carácter privado o civil (2.3.2.2), ya que *«será la valoración de cada norma sobre VFT la que nos permita concluir el carácter de normas jurídico-públicas o normas jurídico-privadas»*¹⁰⁴.

2.2.2.1 LOS SERVICIOS TURÍSTICOS O ACCESORIOS AL ALOJAMIENTO (DE CARÁCTER PÚBLICO O ADMINISTRATIVO)

Mediante el concepto de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, englobamos aquellos servicios impuestos por las CC.AA. que, como hemos hecho referencia anteriormente, son exigibles a partir de que se entienda que existe el criterio de habitualidad. Representan aquellos requisitos impuestos por el legislador autonómico, en base al artículo 148.1.18 y 51 CE, con la finalidad de garantizar una calidad mínima del servicio y la protección al turista (en su calidad de consumidor y usuario). Se caracterizan porque tienen incidencia en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato¹⁰⁵, afectando exclusivamente a la relación que se crea entre el oferente del servicio de alojamiento (ahora considerado empresario turístico) y la administración pública competente, que impone, precisamente, su obligatoriedad, sobre los cuales, las partes, excepto si la norma prevé lo contrario, no pueden disponer libremente sobre su aplicación o no. A título de ejemplo, podemos referirnos a la obligatoriedad de recogida de basura, la conservación de la vivienda, la limpieza, la atención permanente al usuario, el alta en un registro de actividades turísticas, la obligación de mostrar una placa identificativa, la presencia de hojas de reclamaciones, entre otros.

¹⁰³ MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, 2018, p. 58.

¹⁰⁴ LÓPEZ BARBA, 2018, p. 272.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178, hacen una clasificación de estos servicios.

Son servicios accesorios a la prestación principal que se acuerda en el contrato de arrendamiento, es decir, al alojamiento, y carecen, como tales, de una entidad jurídica suficiente como para ser tratados de forma independiente al alojamiento (al contrario de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), de modo que dependen de la prestación principal acordada en el contrato y, consecuentemente, quedan absorbidas dentro del contrato de arrendamiento. Con este tipo de servicios, en gran medida, se tratan de precisar y ampliar las exigencias mínimas exigidas para los *arrendamientos vacacionales* (entendidos como el origen de los *alquileres turísticos*) respecto a la habitabilidad de la vivienda y la exigencia de que esté amueblada y en condiciones de uso inmediato, representando «una serie de exigencias que responden, en parte, a la necesidad de permitir su uso inmediato (y aquí incluiríamos no solo los requerimientos básicos de habitabilidad, salubridad o seguridad que debe cumplir cualquier inmueble para ser susceptible de ser cedido temporalmente a cambio de un precio (...) sino también al mobiliario y equipamiento que podríamos considerar básico o esencial)»¹⁰⁶. En esta línea, pensamos que la finalidad de estos requisitos es, efectivamente, la de fijar, por parte de la administración pública, las *condiciones de uso inmediato* que ya se exigen en el artículo 5 e) LAU para que se produzca la efectiva exclusión de los arrendamientos vacacionales como tales, en un sentido análogo al fallo pronunciado por la Audiencia Provincial de Madrid expuesta anteriormente, en el que se estimaba que la falta de limpieza e inadecuación del apartamento arrendado por una corta duración durante el mes de agosto es contrario a su destino, lo que reforzaría el argumento de que *no es preciso someter a este tipo de sujetos o actividades a una intervención administrativa siquiera bajo formas aligeradas de habilitación*¹⁰⁷, al ser unas garantías amparadas por el Derecho civil¹⁰⁸, concretamente por el artículo 1544 CC. A mayor abundamiento, como parte de los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, entendemos que, igualmente, se circunscriben la exigencia de la prestación de suministros como el agua, luz y gas, incluidos dentro del precio, en la línea seguida por el propio Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales, en su artículo 11.1, donde señalaba, precisamente, que, como parte de este tipo de servicios, *en el precio del apartamento turístico estarán siempre comprendidos los siguientes servicios: a) El sumi-*

¹⁰⁶ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 172.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 321.

¹⁰⁸ DESDENTADO DAROCA, 2019a, pp. 43 y 44

nistro de agua. b) El suministro de energía eléctrica. c) El suministro de energía para la cocina, calefacción y agua caliente. d) La entrega del alojamiento, mobiliario, instalaciones y equipo del mismo, en las debidas condiciones de limpieza y de conformidad con lo que se establezca en la reglamentación. e) La recogida de basuras. f) La atención al usuario durante el tiempo que dure la ocupación del alojamiento en todos aquellos asuntos relacionados con los servicios, tanto obligatorios como voluntarios, cuando éstos hayan sido aceptados por el cliente».

De esta forma, los servicios *turísticos o accesorios* los concebimos como aquellos que no presentan, en principio, dudas sobre su constitucionalidad, dictaminados por el legislador autonómico en base al reparto de competencias *ex* 148.1.18 y 51 CE, relativos al turismo y a la defensa de los consumidores, respectivamente, aplicables, como señalábamos anteriormente, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato desde que se entienda que se reúnen las condiciones y los parámetros establecidos sobre el criterio de habitualidad establecido en el mismo cuerpo normativo. Sin embargo, la aplicabilidad de estos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, al estar subordinada al criterio de habitualidad establecido en el régimen específico de los alquileres turísticos, que es delimitado por el propio legislador autonómico, no está exenta de polémica debido a los continuos excesos de competencia que protagonizan, precisamente, las CC.AA.¹⁰⁹. En efecto, al tratarse de medidas transversales, la imposición administrativa estos servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento que, en principio, se circunscriben, exclusivamente, a la dimensión jurídico-pública del contrato, son susceptibles de influir en la dimensión jurídico-privada del mismo, una materia exclusiva del Estado¹¹⁰ *ex* artículo 149.1.8.º CE, produciéndose, con ello, un exceso competen-

¹⁰⁹ En otros, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *RDP*, 2009, p. 4, critica que, algunas CC.AA., amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad –con el consiguiente perjuicio para las arcas generales–, así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es el turismo, y haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución –o, al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas–, «proceden al diseño de normativas propias reguladoras de este concreto aspecto del sector turístico, llegando a inmiscuirse en ámbitos reservados por el artículo 149.1.8.º CE al legislador estatal, como es el que incide en las bases de las obligaciones contractuales».

¹¹⁰ En este sentido, OTERO COBOS, 2019, pp. 339 y 340, señala que «a pesar de situarnos en un espacio de Derecho privado, (...) en determinados momentos el Derecho público entra a regular cuestiones eminentemente privadas y resulta difícil delimitar cuáles son las fronteras entre ambos sistemas. Un ejemplo de esta circunstancia la tenemos con los alojamientos turísticos y, en concreto, con las viviendas de uso turístico».

cial¹¹¹ por parte de las CC.AA. sobre títulos exclusivos del Estado. En esta línea, advierte Bello Janeiro¹¹² que esto es una práctica tan común¹¹³ que algunas de las leyes autonómicas que vulneran el art. 149.1.8.^a siguen conservando su constitucionalidad. Es más, esta posibilidad se intensifica teniendo en cuenta la cuestionada¹¹⁴ jurisprudencia del TC sobre los límites competenciales entre Estado y CC.AA., calificada de incoherente¹¹⁵ y contradictoria¹¹⁶, hasta el punto de lamentarse que *el TC ha perdido la ocasión de pronunciarse de una manera precisa sobre el 149.1.8.^o para poner fin a las discusiones doctrinales sobre el alcance del mismo*¹¹⁷.

En este contexto, es pertinente plantear la siguiente cuestión: ¿tienen competencia las CC.AA. para imponer los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento? Sobre este asunto, la doctrina se ha pronunciado favorablemente sobre la legitimidad del legislador autonómico para imponer la obligatoriedad de unos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento. Así, Carrasco Perera y Cordero Lobato¹¹⁸ concluyen que, aunque la jurisprudencia de nuestro TC, hasta el presente, no haya sido lo suficientemente explícita al respecto¹¹⁹, pueden responderse afirmativamente estos interrogantes

¹¹¹ Explica ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 540, que «*De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, corresponde al Estado la competencia sobre todas aquellas determinaciones legales que, orientadas a la defensa de los consumidores, "afecten al contenido de los contratos", es decir, a los derechos y obligaciones de las partes. Tal es el caso del derecho de los consumidores a exigir del empresario una información veraz sobre el producto, que pueda servir de base a una reclamación. (...) Asimismo forma parte de la competencia estatal sobre la legislación civil, la determinación del régimen de la responsabilidad, mediante la creación de nuevos criterios o presupuestos para exigirla (FJ 11 de la STC 71/1982) así como del régimen de garantías, mediante el establecimiento de un servicio de postventa obligatorio (FJ 17 de la STC 71/1982)*».

¹¹² Citado por ACEDO PENCO, 2010, pp. 248 y 249.

¹¹³ En este sentido la doctrina es unánime. Entre otros: ACEDO PENCO, 2010, p. 247; SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 124; MONTES RODRÍGUEZ, 2016, pp. 209 y 210; CAMPUZANO TOMÉ, 2015, pp. 1211 y 1212; MARTOS CALABRÚS, 2014, pp. 93 y 94; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 90.

¹¹⁴ CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, opina que el TC se ha excedido al «*estimar la validez de disposiciones autonómicas que contienen prohibiciones o crean obligaciones "contractuales", bajo la presuposición de que no incorporan ninguna consecuencia jurídica interprivados para el caso de contravención: por ejemplo, la prohibición de oferta condicionada a la obtención de productos o servicios. Se trata de convertir la infracción de obligaciones contractuales en ilícito administrativo*». Información extraída de MARTOS CALABRÚS, 2014, p. 93.

¹¹⁵ PARRA LUCÁN, *RJN*, 1987, p. 162, en relación a la competencia de las CC.AA. sobre la defensa de los consumidores, «*el TC no ha mantenido una postura clara ni coherente en ninguna de las dos sentencias comentadas [71/1982, de 30 de noviembre y 88/1986, de 1 de julio]*».

¹¹⁶ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, *RPC*, 1995, p. 10.

¹¹⁷ ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 544.

¹¹⁸ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, *RPC*, 1995, p. 28.

¹¹⁹ DURBÁN MARTÍ, *RPC*, 2016, pp. 269 y 272 critica que «*pareciera que existe una calculada ambigüedad en las consideraciones que realiza el TC a este respecto para evitar, con la doble alusión de títulos competenciales, abordar la complejidad que encierra, en particular, el art. 149.1.8.^a CE*». Así, continúa apuntando que «*de esta forma, el TC*

siempre que la norma autonómica que sancione administrativamente la infracción de obligaciones contractuales no conlleve ningún efecto jurídico inter-privados¹²⁰. Añade Fernández Pérez¹²¹ que el TC se ha mostrado vacilante y excesivamente ambiguo, en particular cuando una norma autonómica impone a una de las partes del contrato un determinado deber frente a la CC.AA. correspondiente en virtud de la cual se mejore la prestación que debe darse al tercero¹²². Así, como señala esta autora, el TC ha considerado que formalmente no se ha configurado un derecho y una correlativa obligación, y ello ha permitido estimar como válidas normas autonómicas en las que se incluyen prohibiciones o se establecen verdaderas obligaciones de carácter contractual¹²³, bajo la premisa de que realmente no hay consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento vinculadas a la validez del contrato, con mayor notoriedad respecto a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores¹²⁴. No obstante, añade Fernández Pérez que el incumplimiento de una obligación contractual se convierte en ilícito administrativo sancionable por la autori-

escamotea la complejidad que encierra el precepto y elude profundizar en su exégesis propiciando con ello la existencia de importantes lagunas interpretativas de entre las que procede destacar».

¹²⁰ En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, RJN, 1987, p. 154, apunta que *«en opinión del T.C. al corresponder la competencia sobre viviendas al poder autonómico este puede imponer a los que ofertan viviendas la obligación de ofrecer información sobre las características, calidades y condiciones de las mismas siempre que, el incumplimiento de tal obligación, caso de llegarse a celebrar el contrato, tuviera el tratamiento de la legislación civil común».*

¹²¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 75.

¹²² En este sentido, ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 541, comenta que, pese a que en materia de legislación mercantil, las Comunidades Autónomas no pueden innovar el marco jurídico vigente regulador de las relaciones comerciales, *«hay, no obstante, una zona de difícil delimitación a priori, constituida por la posibilidad de establecimiento de controles administrativos previos, por la exigencia de condiciones o requisitos determinados que entran dentro del ámbito de las limitaciones administrativas de derechos, compatibles con la libertad de empresa y que sirven a diversos intereses generales o locales».*

¹²³ Sobre los servicios básicos, ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, p. 609, considera que tanto el suministro de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, limpieza a la entrada de nuevos usuarios y el uso de ropa de cama y baño y de menaje (art. 8.1) conforman *«los denominados “servicios básicos”, que acompañan a la cesión de la vivienda, de forma que el turista obtenga no solamente el uso pasivo del local y su mobiliario, como ocurre con el alquiler de vivienda amueblada, sino los beneficios activos y pasivos de un hogar, por lo que las prestaciones vinculadas a la cesión de la vivienda de uso turístico exceden de las propias de un arrendamiento ordinario, siendo, por el contrario, propias de la hostelería (Franch Fluxá y Ribas Conrado, 2013: 42-43)».* Asimismo, finalmente precisa sobre estos servicios que *«Tales prestaciones no pueden confundirse tampoco con los servicios complementarios característicos de los apartamentos turísticos, pues éstos exceden de los habituales de un hogar, como sucede con la limpieza diaria o el servicio de recepción».*

¹²⁴ ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 544, precisa que aunque predomine el carácter programático de las previsiones que se contienen en cada una de las leyes existentes, *«(...) hay que destacar que se trata de una materia donde la ley autonómica corre un mayor peligro de invadir las competencias del Estado, definiendo derechos y obligaciones de los consumidores y de los fabricantes o comerciantes, que afectan a la legislación civil, mercantil, laboral, etc.».*

dad autonómica correspondiente, de tal que, *en el caso de las normas autonómicas que regulan los denominados «arrendamientos turísticos», las Comunidades Autónomas claramente inciden en aspectos contractuales para los que no tienen competencia»; una conclusión matizada por Martos Calabrús¹²⁵, quien puntualiza que en los casos en que la norma autonómica imponga un deber a una parte contractual frente a la Administración que beneficie a la otra parte, como puedan ser, por ejemplo, los requisitos de calidad en la vivienda, aunque sea evidente que se ha influido en la regulación contractual¹²⁶, también lo es que *stricto sensu* no se habrán creado obligaciones inter partes¹²⁷. De esta forma, todo esto ha permitido que, como afirma Fernández Pérez «se estimen como válidas normas autonómicas en las que se incluyen prohibiciones o se establecen verdaderas obligaciones de carácter contractual», bajo la premisa de que realmente no hay consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento vinculadas a la validez del contrato, de modo que se convierte el incumplimiento de una obligación contractual en un ilícito administrativo sancionable por tanto por la autoridad autonómica correspondiente.*

Por ello, siguiendo la línea doctrinal expuesta, consideramos que las CC.AA. son legítimamente competentes para imponer a los arrendadores una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento orientados a la protección del arrendatario-turista en su condición jurídica de consumidores y usuarios, siempre y cuando

¹²⁵ MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 93.

¹²⁶ GARCÍA GARCÍA, 2005, p. 110, comenta que *así, si bien es cierto que en el art. 149.1.8.ª de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre “legislación civil”, exclusiva y sin perjuicio de las competencias sobre derecho civil propio para aquellas CC.AA. donde éste exista; no es menos cierto que determinadas competencias enumeradas en el art. 148 como asumibles, por vía estatutaria, por las CC.AA., podrían justificar tal incidencia normativa de las CC.AA. sin derecho civil propio en un amplio abanico de materias o instituciones tradicionalmente identificadas como derecho civil. La ordenación del suelo y la vivienda, la protección al consumidor, agricultura, turismo,.... son todos sectores materiales sobre los que las CC.AA. pueden asumir competencias con el carácter de exclusivas, y en cuya ordenación pueden, tales CC.AA., de una u otra manera, directa o incidentalmente, penetrar en el ámbito del Derecho Civil. (...) con ello se admitiría la existencia de lo que, para algunos autores, podría denominarse “Derecho civil autonómico no foral”, esto es, un derecho civil promulgado no sobre la base de la existencia de un derecho civil foral o especial propio en el momento de entrar en vigor la Constitución Española de 1978 (competencia que ampararía el propio art. 149.1.8.ª, con las salvedades que se reservan en él «en todo caso» al Estado), sino, antes bien, de un derecho civil de nuevo cuño, formado con ocasión de la regulación sectorial de ciertas materias de competencia exclusiva de las CC.AA., y por tanto al amparo del citado art. 148 CE y de los respectivos Estatutos de Autonomía».*

¹²⁷ Finaliza MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 93. exponiendo que *a fin de cuentas, se ha acabado configurando de alguna manera el contrato, pero para afirmarlo no hace falta acudir a una interpretación más o menos lata del artículo 149.1.8.ª CE; basta con el artículo 1258 del Código Civil, por el que los contratos se integran por «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», que puede ser estatal o autonómica».*

sean de índole meramente administrativa»¹²⁸ y no afecten al ámbito jurídico-privado/civil del contrato¹²⁹, puesto que, en esos casos, son susceptibles de ser inconstitucionales¹³⁰. Precisamente, es este límite, basado en el ámbito jurídico del contrato, en el que nos basamos para delimitar los servicios adicionales al alojamiento en dos: por un lado, los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, que afectan al ámbito jurídico-público o administrativo, los cuales pueden ser exigidos por las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias, y, por el otro lado, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, propios de la esfera jurídico-privada/civil del contrato, sobre los cuales no son competentes para legislar ni imponer ningún tipo de obligación inter-partes las CC.AA. Justamente, sobre este principio, fundamentaremos, posteriormente, por qué, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje¹³¹, los cuales, precisamente, están delimitados por servicios adicionales al alojamiento que afectan a la esfera jurídico-privada/civil del contrato, concretamente por los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, aquellos que

¹²⁸ STC 284/1993, de 30 de septiembre de 1993, FJ 2.

¹²⁹ En este sentido, para FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 182, «en ningún caso las Comunidades autónomas tienen competencia para regular los aspectos jurídico-privados de la relación que se establece entre el arrendador y el inquilino, anfitrión y huésped (...) en ningún caso parece que resulte propio de la ordenación turística que haya ducha en lugar de bañera, que haya toalleros, o que haya determinados electrodomésticos».

¹³⁰ MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, 2018, p. 59, comentan que «comprobaremos que, en ocasiones, tales requisitos pueden tildarse de inconstitucionales, ya que inciden claramente sobre aspectos de carácter puramente civil del contrato».

¹³¹ En este sentido, y a modo de adelanto, pensamos que ambas figuras no son jurídicamente asimilables, porque, mientras los *alquileres turísticos* traen causa en la exclusión expresa de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU operada en el artículo 5 e), el contrato de hospedaje, sin embargo, en ningún momento es susceptible de someterse al ámbito de aplicación de la LAU, y esto, precisamente, por la existencia de unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, contratados y acordados libremente por las partes, circunscritos a la esfera jurídico-privada/civil del contrato, los cuales no se encuentran, en cambio, en la esfera jurídico-privada o civil de los *alquileres turísticos*. De este modo, a nuestro juicio, la diferencia entre ambas figuras se observa en la existencia de unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado de ambos contratos, que son diferentes, y así enlazamos con la esfera jurídico-pública de los contratos, y como tales deben distinguirse de los distintos tipos de servicios puramente turísticos o accesorios, de carácter administrativo, que, por otro lado, imponen las CC.AA., efectivamente, en los alojamientos que desarrollan una actividad turística, como así sucede con el *alojamiento turístico*, pero, igualmente, con los contratos de hospedaje, unos servicios que, a diferencia de los anteriores, se producen, en este caso, en el ámbito jurídico-público/administrativo, y no son acordados libremente por las partes del contrato. Esta es razón principal por la que, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* no se asimilan jurídicamente los contratos de hospedaje. Sin embargo, como observaremos posteriormente, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a nuestra propuesta y equipara los *alquileres turísticos* a los hospedajes al tratar como iguales los distintos servicios mencionados, sin valorar, a nuestro juicio, los diferentes tipos de servicios adicionales al alojamiento que existen en base a los distintos ámbitos jurídicos (público y privado) en los que aquellos se circunscriben.

las CC.AA. no pueden imponer ni exigir, por carecer de legitimidad constitucional para ello.

2.2.2.2 LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS O AÑADIDOS AL ALOJAMIENTO (DE CARÁCTER PRIVADO O CIVIL)

Al contrario de lo que sucede con los servicios *turísticos o accesorios* del alojamiento, en el caso de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, estos, no pueden ser impuestos o exigidos por parte de las CC.AA. *ex* artículo 148.1.18 y 51 CE, puesto que no gozan de competencia constitucional para ello.

En efecto, este tipo de servicios *complementarios o añadidos* únicamente pueden ser estipulados libremente por las partes, o venir regulados por el legislador estatal en el ejercicio de sus competencias (que, en el caso de los *alquileres turísticos*, no es el caso), pero en ningún caso por el legislador autonómico (excepto en aquellas CC.AA. que tengan competencia para ello), ya que se circunscriben a la esfera jurídico-privada del contrato, de ahí que se hable de la inconstitucionalidad de algunos servicios adicionales al alojamiento impuestos por las CC.AA. Se trata de servicios adicionales *complementarios o añadidos* al servicio original de alojamiento que se ofrece en los contratos de arrendamientos urbanos, de tal entidad que gozan de naturaleza jurídica propia, sometidos a su propio régimen jurídico independiente al del arrendamiento de vivienda, siendo, precisamente, esta característica, la que, como posteriormente observaremos, condiciona la calificación jurídica de los contratos que los contienen como arrendamientos urbanos complejos. A título de ejemplo, hacemos referencia al servicio de depósito, de caja fuerte, de comidas, de habitaciones, entre otros, que las partes pueden pactar libremente y añadir al servicio de alojamiento propio del arrendamiento urbano. En este sentido, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento caracterizan, como así observaremos en el siguiente apartado, la figura jurídica de los arrendamientos complejos, dentro de los cuales se inscribe el contrato de hospedaje.

Justamente, el carácter jurídico-privado/civil de estos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, junto a la regulación jurídica de estos servicios, que es independiente de la de los arrendamientos, es lo que determina la calificación jurídica de los contratos en los que se inscriben, independientemente de la cantidad de los servicios de esta naturaleza que puedan acordarse. Siguiendo este razonamiento, en el contexto de la calificación jurídica del contrato de *alquiler turístico*, caracterizados por la imposición

de una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento (propios de la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato) por parte del legislador autonómico, cuya delimitación jurídica es muy diferente a la de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, no compartimos la reflexión de Sánchez Jordán y García García¹³² cuando afirman que «*la caracterización del contrato va a depender del mayor o menor nivel de exigencia de la normativa autonómica –mejor, de la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento–*». En este sentido, si bien es cierto que las CC.AA. están legitimadas *ex artículo 148.1.18 y 51 CE* para establecer las exigencias turísticas que consideren oportunas con el fin de garantizar la calidad mínima del servicio y proteger al turista, concretizadas en la imposición de los diferentes servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, que varían de una CC.AA. a otra, así como su nivel de exigencia, no lo es menos que la delimitación jurídica de estos servicios *turísticos o accesorios* que caracterizan los *alquileres turísticos*, debe ser, en todo momento, de carácter jurídico-pública o administrativa, y no pueden, bajo ningún concepto, influir en la esfera jurídico-privada/civil de los mismos. Por esta razón, retomando la afirmación anterior, insistimos en que no pensamos que *la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento* sea un elemento determinante para *la caracterización del contrato*, ya que, estos, es decir, los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, al tener que ser, en todo momento, de carácter administrativo¹³³, hacen que la calificación jurídica del contrato sea, en nuestra opinión, consecuentemente, la de un *alquiler turístico* y no la de un arrendamiento urbano complejo. Es más, en la hipótesis en la que la exigencia de una CC.AA. traspasase (como así sucede en ocasiones) el ámbito jurídico-público del contrato, imponiendo, en este caso, la obligatoriedad de unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, entendemos que no modificaría la condición jurídica del contrato de *alquiler turístico* a hospedaje, puesto que, en esencia, dicha obligación sería de carácter inconstitucional *ex artículo 149.1.8 CE*. Así las cosas, nos reafirmamos en la opinión de que los *alquileres turísticos* se caracterizan por la obligatoriedad de servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento, impuestos por

¹³² SÁNCHEZ JORDÁN Y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178.

¹³³ En esta línea pensamos que podemos situar lo expuesto por MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 211, quien comenta que «*el aspecto decisivo al que hay que hay que atender para calificar el tipo contractual en el que encaja el alojamiento VFT, es la asunción o no del deber del cedente del uso de procurar al turista, no sólo la posesión del inmueble, sino también determinados servicios. Hay que añadir, además, que no puede entenderse que ocurre esto último por el mero hecho de que se impongan al cedente del uso ciertas exigencias en lo relativo al equipamiento de la vivienda*».

las CC.AA. sobre la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato, los cuales, de ningún modo podrán ser considerados como *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado o civil del mismo, ni, consiguientemente, asimilarse a la figura del hospedaje.

La relevancia jurídico-práctica de la clasificación de los servicios adicionales al alojamiento que acabamos de exponer, mediante la cual los diferenciamos en *turísticos o accesorios* cuando influyen en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, y *complementarios o añadidos* cuando hacen lo propio en la esfera jurídico-privada o civil, se observa, precisamente, en el análisis de la corriente doctrinal que entiende que la existencia de servicios adicionales al alojamiento representa el instrumento jurídico que delimita las figuras del *alquiler turístico* y del *arrendamiento vacacional*. De esta forma, fundamentándonos en lo anterior, podemos argumentar que, mientras, por un lado, la doctrina mayoritaria sostiene que, para determinar si la condición jurídica de una cesión temporal de una vivienda se corresponde con la de un *arrendamiento vacacional* o, en cambio, con la de un *alquiler turístico*, defendiendo que, para ello, debe observarse la existencia de servicios adicionales al alojamiento, al equipararse el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje y generar que, finalmente, en lugar de entre un *arrendamiento vacacional* o un *alquiler turístico*, la elección orbite, en realidad, entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, por el otro lado, totalmente en contra de esta corriente, nosotros podremos proponer, en su lugar, el criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos como instrumento jurídico determinante para diferenciar, efectivamente, entre un *arrendamiento vacacional* y un *alquiler turístico*. Por lo tanto, en base, precisamente, a la clasificación de los diferentes servicios adicionales al alojamiento, al diferenciar los *alquileres turísticos* de los contratos de hospedaje, proponemos que, precisamente, la diferenciación entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos* se determina, actualmente, a través del criterio de habitualidad establecido en los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico, a partir del cual, efectivamente, son aplicables los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, los cuales nada tienen que ver con los *complementarios o añadidos* de los hospedajes. De este modo, concluimos que, entonces, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento no tienen lugar en los *alquileres turísticos* si, como así hemos expuesto anteriormente, consideramos que tienen su origen en la exclusión expresa del *arrendamiento vacacional* del apartado e)

del artículo 5 LAU, lo que anularía la eventual posibilidad de que las partes del contrato hubieran podido llevar cualquier tipo de acuerdo (en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato) relativo a cualquier tipo de acuerdo sobre la inclusión o no de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento.

Así las cosas, basándonos en la clasificación que hemos propuesto sobre los distintos servicios adicionales al alojamiento, fundamentada en el carácter jurídico híbrido (público y privado) de los contratos, a continuación, expondremos por qué pensamos que la figura jurídica del *alquiler turístico* no es equiparable a la del contrato de hospedaje, una idea a partir de la cual fundamentamos, definitivamente, que los servicios adicionales al alojamiento no son el instrumento jurídico para diferenciar los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales*.

2.2.3 El alquiler turístico no se puede equiparar al contrato de hospedaje

En nuestra opinión, la falta de precisión en las distintas referencias a los servicios adicionales al alojamiento, que no diferencia, de forma clara, entre los servicios *turísticos o accesorios* (de carácter público o administrativo) y los servicios *complementarios o añadidos* (de carácter privado o civil), es la principal razón por la que, además de plantearse el interrogante sobre la equiparación o no entre las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje¹³⁴, el resultado de este sea que «*la mayor parte de la doctrina*¹³⁵ *defiend[a] que esta relación se enmarca en el contrato de hospedaje*»¹³⁶.

Sin embargo, y como así trataremos de exponer a continuación, pensamos que la respuesta al debate planteado debe ser negativa¹³⁷.

¹³⁴ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178, comentan que se debe de dilucidar «*si la cesión de este tipo de viviendas encaja o no en el concepto de hospedaje –que, obviamente, será extrahotelero– (...) o si, en cambio, nos permite concluir que nos encontramos ante modalidades contractuales completamente autónomas entre sí*».

¹³⁵ Entre otros, a favor de la consideración de los alquileres turísticos como hospedajes, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 41; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 161; SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 184.

¹³⁶ GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 34.

¹³⁷ En nuestra misma línea, aunque con una motivación distinta, MOYA BALLESTER, 2019, pp. 155 y 156, justifica su no equiparación al contrato de hospedaje en base a que «*el contrato aquí analizado carece de la prestación de dichos servicios, lo que necesariamente le acerca a la órbita de los contratos de arrendamiento de cosas. (...) La asimilación de este contrato a la figura del alojamiento hotelero genera graves problemas pues en él no concurre la pluralidad de servicios que se configuran como elementos caracterizadores del contrato de alojamiento. En este sentido no resulta aventurado concluir que la figura objeto de análisis guarda mayores similitudes con el arrendamiento de cosa que con*

Para desarrollar nuestro punto de vista, es imprescindible volver a incidir en el hecho de que la figura del *alquiler turístico* es consecuencia de la exclusión de los supuestos de hecho que, en origen y en esencia, reunían las características fundamentales para ser calificados como *arrendamientos vacacionales*, pero que, por englobar los parámetros de la habitualidad establecidos en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, en base al apartado e) del artículo 5 LAU, quedan finalmente excluidos de su ámbito de aplicación¹³⁸ (2.2.3.1). Así, posteriormente, al analizar, por separado, los arrendamientos urbanos complejos y observar que se caracterizan, principalmente, por ofrecer unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (2.2.3.2), podremos concluir que, efectivamente, las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y del hospedaje no son equivalentes, precisamente, por el tipo de servicios adicionales al alojamiento (2.2.3.3).

2.2.3.1 EL ARRENDAMIENTO VACACIONAL COMO BASE DEL ALQUILER TURÍSTICO

Para considerar que la existencia de una serie de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico que delimita y diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, partiremos de la premisa de que los *alquileres turísticos* traen causa de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU ex artículo 5 e), es decir, que el *alquiler turístico* es un tipo de *arrendamiento vacacional* expresamente excluido de la LAU¹³⁹.

En efecto, al aceptar que el *alquiler turístico* proviene de un *arrendamiento vacacional*, concluimos que, consecuentemente, los servicios adicionales al alojamiento que caracterizan los *alquileres turísticos* son puramente *turísticos o accesorios*, de naturaleza jurídico-pública o administrativa, impuestos por el legislador autonómico, exigibles desde que se entiende que se da el criterio

los arrendamientos de servicios, pues la obligación fundamental a cargo del deudor no es otra que la cesión de la unidad habitacional para su uso. (...) Por todo ello debemos concluir que el régimen jurídico supletorio aplicable a esta figura será el contenido en el código civil para el arrendamiento de cosas».

¹³⁸ En esta línea, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 163.

¹³⁹ En nuestra misma línea, entre otros, ALCOVER POVO, 2019, p. 174, dispone que «es común situar el inicio del desarrollo legislativo de las viviendas de uso turístico en la modificación operada en el artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, por parte de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Desde ese momento, si no antes, el contrato de cesión de viviendas, antes amparado por las normas reguladoras del contrato de arrendamiento de temporada, quedo sujeto a la normativa específica aprobada por las Comunidades Autónomas», o ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 30, quien afirma que hasta el año 2013 los contratos de arrendamiento de viviendas para uso turístico se regulaban (...) dentro (...) de los arrendamientos de temporada».

de habitualidad y, consiguientemente, desde que se produce la efectiva exclusión del *arrendamiento vacacional* de la LAU (y se origina el *alquiler turístico*). De esta forma, creemos que bajo ningún concepto pueden los servicios adicionales impuestos por las CC.AA. en los *alquileres turísticos* ostentar la condición de *complementarios o añadidos* al alojamiento, de naturaleza jurídica-privada o civil, puesto que, en esa hipótesis, se entendería que, por lo tanto, la figura del *alquiler turístico*, en lugar de traer causa en los *arrendamientos vacacionales* (caracterizados por ser un arrendamiento urbano simple, sin servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), tendría origen en los arrendamientos complejos (hospedaje), caracterizados, precisamente, por la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado del contrato, de modo que la premisa anterior quedaría invalidada. Justamente, y como así observaremos en el siguiente apartado, la principal diferencia que existe entre los arrendamientos urbanos simples, como el *arrendamiento vacacional*, sometidos a la LAU, y los arrendamientos urbanos complejos como el hospedaje, no sometidos al ámbito de aplicación de la LAU, es, precisamente, la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, propios de la esfera jurídico-privada del contrato, en los arrendamientos urbanos complejos (hospedaje). En este punto, cabe recordar que la problemática que se plantea con la exclusión producida con la introducción de la letra e) del artículo 5 LAU, versa sobre la delimitación jurídica de los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, de los que procede. Por esta razón, nos mostramos contrarios con la hipótesis según la cual se considera que los *alquileres turísticos* son equiparables a los contratos de hospedajes, puesto que, entonces, en ese supuesto, aceptando como válida esa premisa, pensamos que carecería de sentido la letra e) del artículo 5 LAU ya que, al equiparar el *alquiler turístico* a un contrato de hospedaje (supuesto en el que, entonces, no se produciría ningún tipo de exclusión expresa de la LAU), la problemática aquí planteada sería, en definitiva, la delimitación jurídica entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, una cuestión que, sin embargo, ya ha sido solventada tanto por la doctrina como por la reiterada jurisprudencia.

Por todo ello, a continuación, profundizaremos en los arrendamientos urbanos complejos (como el hospedaje) con la finalidad de exponer las principales razones por las que, en nuestra opinión, no son equiparables los *alquileres turísticos* y los hospedajes. La finalidad práctica de estas líneas se observa, como indicábamos en el inicio, en el hecho de que esta aclaración nos permite delimitar y con-

cretar la problemática tratada en este artículo de forma que, además de incidir en el hecho de que, efectivamente, versa sobre el límite entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, los cuales no son figuras jurídicas equiparables al contrato de hospedaje, permite centrar la solución a la problemática en el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos y no así en la existencia de una serie servicios adicionales al alojamiento.

2.2.3.2 UNA APROXIMACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS COMPLEJOS O MIXTOS (COMO EL HOSPEDAJE)

El arrendamiento complejo es un concepto jurídico elaborado por la doctrina¹⁴⁰, y hace referencia a un tipo de contrato construido en base al artículo 1255 CC, en el cual se dan, al mismo tiempo, una serie de contratos de diversa naturaleza jurídica que orbitan alrededor de un arrendamiento urbano, configurándose entre todos ellos un único contrato, calificado como complejo al quedar sometido a una pluralidad de regímenes jurídicos específicos, distintos del de arrendamiento urbano, derivados de los diferentes tipos de contratos que lo componen.

En efecto, nuestra jurisprudencia lo define como aquel contrato que está constituido por un conjunto de negocios jurídicos bilaterales

¹⁴⁰ VATIER FUENZALIDA, 1996, p. 60, concibe los contratos de arrendamiento complejos como «*aquellos contratos unitarios en los que se unen al arrendamiento prestaciones especiales de carácter principal, en términos tales que su resultado es un contrato nuevo y distinto*». En comparación a estos contratos, escribe este autor que los arrendamientos mixtos, entendidos como aquellos a los que se añaden o yuxtaponen prestaciones accesorias, carecen de la entidad suficiente como para apartar el contrato de arrendamiento típico (por ej., los arrendamientos con opción a compra). Concluye indicando que la doctrina anterior entendía a los complejos excluidos y a los mixtos incluidos en el T.R. 64. Asimismo, DE DIEGO, 1930, pp. 245 y 246, lo califica como *contrato consensual por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y suministrarle alimentación mediante un precio*. A su vez, YÚFERA SALES, 2000, pp. 67 y 68, concibe los contratos de arrendamientos complejos como *aquellos en que las partes pactan como cuestiones esenciales del contrato una serie de prestaciones ajenas a la relación arrendaticia y que son consustanciales al contrato, es decir, que no son ni accesorias, ni complementarias, ni eventuales*. Para PÉREZ SERRANO, 1930, p. 86, «*la nota esencial y perdurable del contrato fue y sigue siendo el complexus jurídico formado por la cesión de habitaciones y de los servicios complementarios a la vivienda. Cuando él se da, tenemos contrato de hospedaje; cuando falta, no existe dicho contrato. El suministro de alimentos no influye de un modo decisivo en la existencia de aquél, aunque tenga notable importancia para la debida solución de algunos de sus aspectos*». Por su parte, ALBACAR entiende que «*son aquellos contratos unitarios, en los que además de prestaciones típicas del contrato de arrendamiento, acuerdan las partes otras principales que han de coherarse con aquellas, produciendo una mutación importante de su contenido o régimen*», y FUENTES LOJO que «*los contratos de arrendamiento en los que las partes en uso de la autonomía de su voluntad disponían un contenido más complejo que el previsto en el Texto Refundido (LAU 64), sin que con lo mismo se desvirtuara la tipicidad del contrato; ello a pesar de una jurisprudencia nada clara en este sentido. Estos contratos deberían someterse al régimen de la legislación especial. (STC 24 octubre de 1963, 10 de octubre de 1988)*». Información recuperada de VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1994, p. 46.

combinados, pactos lícitamente contraídos según el artículo 1255 CC, y que, por su naturaleza principal y características, no constituyen un arrendamiento urbano simple o corriente, sino que aparecen investidos de una complejidad que determina que no puedan ser incluidos todos sus aspectos en el cauce del régimen jurídico simple y sencillo del contrato de arrendamiento¹⁴¹. Señala nuestro Alto Tribunal que, a su vez, implica el establecimiento a cargo del arrendatario de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia¹⁴². Así, el arrendamiento urbano complejo es un arrendamiento urbano en torno al cual orbitan otra serie de acuerdos bilaterales conectados al primero, regidos cada uno por una normativa específica, como pueda ser el contrato de caja fuerte, el servicio de limpieza de las habitaciones, el servicio de comidas, el servicio de recepción 24 h, entre otros, conformándose, entre todos ellos, un contrato único por un precio cierto. En este sentido, durante un tiempo, el hecho de que numerosas normativas fuesen aplicables a estos contratos –referentes a los diferentes servicios complementarios–, planteaba la duda acerca de cuál de todas ellas sería la aplicable a este contrato único: ¿La LAU, propia a arrendamientos urbanos, o las otras normas específicas que regulan el resto de los acuerdos bilaterales? Finalmente, esta cuestión fue resuelta tanto por la doctrina¹⁴³ como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁴, que se decantaron por no incluirlas en el ámbito de aplicación de la LAU¹⁴⁵.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que los arrendamientos urbanos complejos pueden ser clasificados en típicos o atípicos. Dentro de los arrendamientos complejos típicos, es decir, aquellos que vienen desarrollados como tales en un cuerpo normativo, entendemos que se incluirían los arrendamientos de aprovechamiento por turno, la mal llamada multipropiedad¹⁴⁶ o timesharing», regulados en la ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprove-

¹⁴¹ STS 18 abril 1989 (RJ 1989\3067)

¹⁴² STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1239), STS 24 enero 2000 (RJ 2000, 115).

¹⁴³ CASTÁN TOBEÑAS y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, 1956, pp. 135 a 142.

¹⁴⁴ Concluye nuestro Alto Tribunal que es doctrina jurisprudencial superada el hecho de que, cuando un arrendamiento disponga de una serie de prestaciones accesorias, no se registrará por la LAU al ser considerado como un arrendamiento complejo. Primer considerando de la STS de 16 de junio de 1982 (RJ 1982\5828).

¹⁴⁵ STS núm. 313/1993 de 31 marzo (RJ 1995\7326), FJ 3.

¹⁴⁶ La propia ley que regula estos contratos, la 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias, prohíbe el empleo de la denominación *multipropiedad* dado que la utilización del término puede inducir a error ya que lo que se adquiere realmente es un derecho de uso y no de propiedad sobre el alojamiento que va a ocupar temporalmente, como así viene indicado en el artículo 23.4, que dispone que «*el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*».

chamamiento por turno de bienes de uso turístico, un tipo especial de arrendamiento a través del cual se cede temporalmente el uso de una vivienda, durante un mínimo de siete días seguidos por un período de varios años –mínimo 2 y máximo 50–, con la particularidad de que, además del alojamiento, se ofrecen otra serie de servicios adicionales complementarios, que, en conjunto, conforman un único contrato, protagonizado por profesionales y consumidores y usuarios. Así, pese a que la propia ley indique en los apartados II y III del Preámbulo que estos contratos son una variante del arrendamiento por temporada y determine, en su artículo 23. 6, que estos contratos quedarán sujetos a lo dispuesto en este Título II *sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en la legislación general de protección del consumidor*», creemos que estos arrendamientos no pueden quedar, bajo ningún concepto, sometidos al ámbito de aplicación de la LAU¹⁴⁷, y esto, precisamente, por su configuración de arrendamientos urbanos complejos¹⁴⁸. Y, en segundo lugar, con respecto a los arrendamientos complejos atípicos –por carecer estos de un régimen jurídico propio–, destacamos el contrato de hospedaje¹⁴⁹, un término en desuso según Pérez Fernández, quien

¹⁴⁷ Ante esta situación, en la que a los arrendamientos de aprovechamiento por turnos se les pueden aplicar dos normas especiales, tanto la LAU como la Ley 4/2012, de 6 de julio, nos planteamos la siguiente cuestión. Si a los arrendamientos por temporada se les aplica, imperativamente, según el artículo 4 de la LAU, una serie de requisitos (fianza, libertad de forma, etc.) y, a su vez, la Ley 4/2012, de 6 de julio dispone otra serie de requisitos imperativos para los arrendamientos de uso turístico por turno (forma escrita del contrato, inserción de publicidad como parte del mismo, el derecho de desistimiento, irrenunciabilidad del consumidor de los derechos concedidos en la norma, nulidad de los arrendamientos que contengan los mismos requisitos descritas en esta norma y que no se sometan a la misma, etc.), ¿Cuál de las dos prevalecerá? ¿Qué preceptos tendrán prioridad? Observamos que se contradicen ambas disposiciones imperativas (por ej., la LAU aboga por la libertad de pactos entre las partes y la libertad de forma del contrato frente a la otra norma que exige un contenido mínimo que habrá de constar, además, por escrito), obligándonos a preguntarnos cuál de las dos será la que deba, consecuentemente, aplicarse. En este sentido, consideramos que éste conflicto normativo se debe a una remisión desafortunada de la Ley 4/2012 de 6 de julio a la LAU con la intención de evitar, sorprendentemente, posibles situaciones de contradicción entre ambas normas [Enmienda número 151 de Coalición Canaria. BOCG, número 80-10, pp. 94].

¹⁴⁸ En esta línea, parece pronunciarse CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, ADC, 2003, pp. 495 a 497, quien opina que en este tipo de contratos «no sólo hay un arrendamiento de cosa, sino también, y tan esencial como aquél, un arriendo de servicios, fusionándose ambos en un único y mismo contrato mixto o complejo arrendaticio, sin ser la mera unión o yuxtaposición de ambos. Esto conduce a calificar al arrendamiento de la LAT como especie de hospedaje, más que como mera variante de arriendo urbano por temporada. (...) Así las cosas –aunque pueda estimarse como conclusión anticipada–, la aplicación –por sí misma o acordada voluntariamente– de la LAU al arriendo por turnos va a resultar prácticamente inexistente, bien porque contradice directamente una norma de la LAT, bien porque en absoluto se adecua a las peculiaridades del goce por turno».

¹⁴⁹ En este sentido, GARCÍA LUENGO, AFD, 2001, p. 63, expone que debe «configurarse como un contrato sui generis, de carácter complejo, pues en su objeto subyacen

se refiere al mismo como un contrato de alojamiento, mediante el cual «*el titular de un establecimiento de alojamiento (en sus diferentes posibilidades), se obliga a cambio de una contraprestación dineraria, a ceder al usuario (huésped o viajero) el uso de una unidad de alojamiento provista de mobiliario, instalaciones y equipo, a custodiar su equipaje, a revenderle ciertos objetos o energía industriales y a prestarle ciertos servicios complementarios variables, tal como limpieza, conserjería, alimentación, lavado y planchado de ropa, entre otros*»¹⁵⁰, en el mismo sentido que disponía Castán Tobeñas y Calvillo Martínez de Arenaza¹⁵¹, que lo presentaban como un contrato complejo donde una persona se obliga a prestar a otra un alojamiento y, cuando menos, los servicios complementarios de vivienda, mediante un precio, celebrados en virtud del artículo 1255 CC. Por su parte, González Cabrera¹⁵² indica que el hospedaje es «*un contrato atípico, consensual y bilateral, (...) en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales) de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen, y en virtud del cual una de las partes (normalmente, el hotelero) se obliga frente a la otra (el viajero o huésped) a cederle el uso de una o varias unidades alojativas (entendiéndose hasta ahora, como habitaciones), y a prestarle ciertos servicios accesorios y complementarios (suministro de electricidad, agua, calefacción, así como otros servicios como planchado de ropa, suministro de comida, etc.), y a la custodia del equipaje, a cambio de una contraprestación económica*», en la misma línea que Vígera Revuelta, quien expone que «*el contrato de hospedaje es un contrato bilateral, según el cual, una de las partes, el titular del establecimiento hotelero, se obliga frente a la otra, el huésped, a prestar alojamiento junto a otra serie de servicios complementarios; todo ello a cambio de una contraprestación económica*».

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que el contrato de hospedaje, concebido como un contrato de arrendamiento complejo atípico, además de por la nota de profesionalidad del arrendador¹⁵³ y de consumidor y usuario del arrendatario-turista, se caracteriza, en esencia, por la existencia de unos servicios *complementarios o*

obligaciones de muy diversa naturaleza».

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, pp. 157 y 158.

¹⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, 1956, pp. 135 a 142.

¹⁵² GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 34.

¹⁵³ Entre otros, VIGUERA REVUELTA, 2010, p. 506; CASTAÑOS CASTRO, 2015, pp. 25 y 26; REPRESA POLO, 2005, p. 5.

añadidos al alojamiento¹⁵⁴, de naturaleza jurídico-privada o civil, con entidad jurídica propia, sometido cada uno a su propia regulación, conformando, entre todos ellos, un solo contrato susceptible de quedar sometido a diversas reglas específicas diferentes a la del arrendamiento urbano, razón por la cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden con su no inclusión en el ámbito de aplicación de la LAU¹⁵⁵.

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer por qué, en nuestra opinión, la figura del *alquiler turístico* no es equiparable a la del contrato de hospedaje.

2.2.3.3 LA FIGURA DEL ALQUILER TURÍSTICO NO ES EQUIPARABLE AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMPLEJO (EL HOSPEDAJE)

Partiendo de la distinción anterior sobre los servicios adicionales al alojamiento, la principal diferencia que, en este caso, observamos entre las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y del contrato de hospedaje, y que, consecuentemente, hace que concibamos ambas figuras como diferentes, se centra en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, concretamente en la presencia de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento.

En efecto, el *alquiler turístico*, al margen de los servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, al tener su origen en la exclusión expresa de un *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU, consideramos que se caracteriza por la inexistencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter jurídico-privado, considerados estos como los servicios que configuran, precisamente, el contrato de hospedaje, que, al contrario que el *alquiler turístico*, no es susceptible de quedar sometido al ámbito

¹⁵⁴ VIGUERA REVUELTA, 2010, p. 504, señala que «en el objeto de este contrato podemos distinguir diferentes relaciones jurídicas; en cada una de las cuales se observan obligaciones de distinta naturaleza: (...) aunque las principales, desde el punto de vista del titular del establecimiento consisten en el alojamiento y los servicios añadidos o complementarios».

¹⁵⁵ Importante advertir que, de lo expuesto en estas líneas precedentes, la exclusión de los arrendamientos complejos de la LAU no se produce por la condición profesional del arrendador, sino por la complejidad misma del contrato que queda sometida a una diversidad de regímenes jurídicos diferentes. De este modo, no le hallamos fundamento a la Proposición de Ley 122/000209 de medidas de fomento del alquiler estable presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados el 15 de marzo de 2018, en la que se propone la reforma del artículo 5.e) LAU en el sentido de excluir la cesión temporal de la vivienda cuando se ofrezcan servicios similares a los prestados por los establecimientos hoteleros, lo que incorpora el criterio de profesionalidad como equivalente a la prestación de servicios de alojamiento turísticos, ya que, como hemos anunciado, se entienden de antemano excluidas del ámbito de aplicación de la LAU los arrendamientos complejos.

de aplicación de la LAU, debido, precisamente, al carácter complejo del contrato. En este sentido, además del servicio de alojamiento propio del arrendamiento urbano, en el ámbito jurídico-privado o civil del hospedaje «*se integran elementos correspondientes a distintos contratos nominados: arrendamiento, compraventa, depósito y servicios. (...) [cuya] combinación de esos elementos viene dispuesta de modo unitario por las partes y fundamentados en una única causa, por lo que las distintas prestaciones se encuentran preordenadas a la consecución de un solo propósito negocial*»¹⁵⁶. Por lo tanto, mientras que en los *alquileres turísticos* no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* de carácter privado o civil, sino tan solo servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, los contratos de hospedaje se caracterizan, en esencia, por el ofrecimiento, precisamente, de una serie de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter privado o civil. Además, los contratos de hospedaje, al desarrollar una actividad turística, son también susceptibles de quedar sometidos, por otro lado, al ámbito de aplicación de las normas autonómicas sobre turismo, que, al igual que sucede con los *alquileres turísticos*, les puedan imponer, eventualmente, la obligatoriedad de ofrecer servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento. De este modo, independientemente de que, a nivel jurídico-privado o civil, esas dos figuras sean diferentes, si que es cierto que, sin embargo, concretamente en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, tanto el hospedaje como el *alquiler turístico* tienen en común que, al desarrollar ambas una actividad turística, son susceptibles de quedar sometidas a la imposición, por parte de las distintas administraciones públicas, de la obligación de ofrecer distintos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento propios de cada tipo contractual.

En este contexto, es interesante plantear si «*la presencia combinada de ambas prestaciones (cesión del inmueble y prestación de suministros imprescindibles para su disfrute) resulta suficiente para caracterizar a este negocio como de hospedaje –extrahotelero, eso sí–, o si resulta necesario un plus en forma de algún otro servicio o prestación adicional*»¹⁵⁷, una cuestión cuya respuesta requiere, con carácter previo, una aclaración y una identificación del carácter jurídico de esos suministros (público o privado), ya que, en la hipótesis donde la prestación de los suministros fuese propia del ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, es decir, impuestas por las CC.AA., entonces, creemos que, en ese

¹⁵⁶ GARCÍA LUENGO, 2001, *AFD*, pp. 62 y 63.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178.

caso, no podría entenderse la cesión temporal de la vivienda combinada con la prestación de suministros como un contrato hospedaje. Así pues, como expusimos anteriormente, en el caso de reunir los elementos del artículo 5 e) LAU, y reunirse los parámetros establecidos en el criterio de habitualidad (fijado en el Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico correspondiente), en lugar de un contrato de hospedaje, el contrato debería ser calificado como un *alquiler turístico*. En el supuesto contrario, no obstante, en la hipótesis en la que la prestación de suministros sí fuese de carácter jurídico-privado o civil, es decir, pactada por las partes del contrato o impuesta por la administración legítimamente competente, en ese caso, pese a que cabría la posibilidad de que la combinación de la mencionada cesión temporal del uso de la vivienda y la prestación de suministros fuese caracterizada como un contrato de hospedaje¹⁵⁸, sin embargo, nuestra respuesta a este interrogante es negativa. En este sentido, en nuestra opinión, la presencia combinada de la cesión de un inmueble y la prestación de suministros imprescindibles para su disfrute (de carácter accesorio) creemos que no es suficiente para calificar, jurídicamente, un contrato que, en principio, corresponde a la figura del arrendamiento urbano (calificado como *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU), como un contrato de hospedaje, porque, como acabamos de exponer, este se caracteriza, precisamente, por la complejidad del contrato que genera la presencia de servicios *complementarios o añadidos* al servicio del alojamiento, con entidad jurídica propia, y no por prestaciones o servicios accesorios que orbitan alrededor del alojamiento, puesto que, en ese caso, como ya expusimos anteriormente, quedarían implementados en la prestación principal que supone el alojamiento, quedando, consiguientemente, absorbidos por el régimen jurídico que lo regula, es decir, como un arrendamiento urbano, y no como un hospedaje.

Por todo ello, los límites jurídicos de la figura del *alquiler turístico* los situamos, en base a lo anterior, entre las figuras del *arrendamiento vacacional* –un arrendamiento urbano simple–, en lo concerniente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, y del contrato de hospedaje –un arrendamiento urbano complejo–, en lo relativo, en este caso, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato. En este sentido, mientras que, por un lado, en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* se asemejan en el hecho de que, en ambas

¹⁵⁸ En esta misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 209 y 2010, comenta que «únicamente en el caso en el que, además de obligarse el cedente a proporcionar el uso de la vivienda, se comprometa a prestar otros servicios, cabe hablar de contrato de hospedaje».

figuras, no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (el elemento esencial que configura el contrato de hospedaje), siendo esta, precisamente, la principal razón por la que diferenciamos ambas figuras del contrato de hospedaje, por otro lado, sin embargo, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, la diferencia se observará, en este caso, entre el *arrendamiento vacacional*, por un lado, y el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje, por el otro. En este caso, la diferencia entre estas figuras se concretaría, en nuestra opinión, en la condición jurídica del prestador del servicio, ya que, mientras en el *arrendamiento vacacional* el arrendador es un particular-no profesional, en el *alquiler turístico* y en el contrato de hospedaje el cedente de la vivienda es un profesional o empresario, una condición jurídica, esta, que justificará, posteriormente, el segundo elemento que diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, la imposición de los distintos servicios de carácter *turístico o accesorio* al alojamiento, orientados a garantizar el confort y la calidad mínima del servicio de alojamiento, dos características esenciales del *alquiler turístico* que, como ya hemos expuesto, entendemos que se originan y tienen lugar, únicamente y exclusivamente, a partir del criterio de habitualidad.

Así las cosas, consideramos que el *alquiler turístico* es, en origen, un *arrendamiento vacacional* (modalidad que excluye la posibilidad de ofrecer servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), al cual, desde el momento en el que se reúnan los elementos exigidos en el apartado e) del artículo 5 LAU –efectivos desde que se entiende que se da el requisito de habitualidad estipulado en el correspondiente Decreto autonómico sobre viviendas de usos turísticos–, el legislador autonómico impone al cedente de la vivienda (ahora considerado profesional o empresario) la obligación de ofrecer una serie de requisitos *turísticos o accesorios* al alojamiento (específicamente estipulados para esta figura turística), de carácter puramente administrativo, centrados en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, semejantes a los requisitos administrativos exigibles para desempeñar una actividad económica de hospedaje (de ahí su eventual equiparación con esta figura), pero, sin embargo, distintos a los servicios *complementarios o añadidos* de carácter privado. Justamente, contemplamos el *alquiler turístico* como una figura jurídica híbrida entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, caracterizada, en lo relativo al ámbito jurídico-público o administrativo, por (1) la condición jurídica de profesional o empresario del cedente de la vivienda y, consecuencia de esto, por (2) el ofrecimiento de una

serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, y, además, en lo referente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, por (3) carecer de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, elemento esencial que caracteriza y configura la figura del hospedaje comúnmente aceptada, es decir, la complejidad del contrato de alojamiento. En este sentido, la figura del *alquiler turístico* podría ser equiparable, en cierta medida, a un hipotético hospedaje simple¹⁵⁹. Precisamente, el motivo del no sometimiento de los *alquileres turísticos* al ámbito de aplicación de la LAU se debe a su origen, es decir, a la exclusión expresa de la LAU de los *arrendamientos vacacionales* ex artículo 5 e), y no a la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (como así sucede los arrendamientos complejos, ya que, en ese caso, no se excluirían de su ámbito de aplicación, directamente están incluidos), de modo que, el nacimiento del *alquiler turístico* y correspondiente exclu-

¹⁵⁹ Entre otros, respecto a la complejidad del contrato de hospedaje, REPRESA POLO, 2005, pp. 7 y 8, defiende la existencia de contratos de hospedaje *simples*, en base a que, actualmente, el viajero no siempre precisa de servicios complementarios. En este sentido, apunta que «parece evidente que del contrato de hospedaje se derivan una serie de prestaciones de distinta naturaleza a cargo del hostelero; sin embargo, (...) las obligaciones de seguridad tanto del viajero como de sus bienes, la limpieza de las habitaciones, el mantenimiento de las instalaciones..., aunque formen parte en todo caso del contenido del contrato de hospedaje no son por sí suficientes para convertirlo en complejo, por cuanto son simplemente deberes que surgen de la relación jurídica y que se establecen con el fin de proteger determinados intereses del viajero distintos a los perseguidos con la prestación principal (deberes de protección) o para, en su caso, complementar ésta (obligaciones accesorias) y, en todo caso, evidencian el carácter complejo de la relación obligatoria. Por lo tanto, creemos factible la constitución de un contrato simple de hospedaje, cuando exclusivamente se integre de una sola prestación principal, que contribuya a la configuración de una causa simple: el alojamiento, en cuanto puesta a disposición de una estancia a favor del cliente, que en cualquier caso se completará con el resto de obligaciones citadas – prestaciones accesorias y deberes de protección–». Sin embargo, sobre la posibilidad de un hospedaje simple, GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 35, añade que, pese a que, efectivamente, «este carácter complejo ha sido cuestionado por un sector doctrinal aludiendo a la propia evolución de la figura (...) [y pese a que, en su momento, llegó a] afirmar que el contrato de alojamiento es necesariamente un contrato simple de hospedaje cuando se integre en exclusiva por la prestación principal; y, en cambio, es un contrato complejo cuando se añadan y pacten otros servicios no accesorios del alojamiento (...) bien es cierto, no obstante, que el alojamiento en sí mismo requiere que se faciliten, además de la disposición de la habitación el suministro de electricidad, agua corriente, la lencería de baño y cama precisa para la estancia del huésped y, por supuesto, la limpieza de la habitación, normalmente diaria. Todo ello nos lleva a revisar los postulados realizados en el pasado y, en consecuencia, a afirmar que este contrato en sí mismo es hoy un contrato complejo». Resulta igualmente interesante lo expuesto por CASTAÑOS CASTRO, 2015, pp. 28 a 30, quien, pese a que reconoce que la mayor parte de los autores también aboga por su carácter complejo y reafirma su naturaleza especial *sui generis*, por tratarse de un contrato en el que el hostelero se compromete a llevar a cabo a favor del cliente prestaciones de diversa índole, siendo las más significativas el arrendamiento de cosa, manifestado en la transmisión del goce y uso de la habitación de hotel, y el arrendamiento de servicios. No obstante, opta por calificar este contrato como contrato de servicios, defendiendo que «lejos de ser un contrato complejo, el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios, en el que, pese a la diversidad de prestaciones, la profesionalidad que caracteriza al hostelero las convierte, junto a otros factores que analizaremos, a todas ellas en servicios a favor del huésped».

sión de los *arrendamientos vacacionales* se basa en los parámetros que delimitan el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA., que hacen referencia al momento en el que la frecuencia con la que un particular que cede la vivienda, pasa de ser esporádica u ocasional a habitual o profesional, o, dicho de otra forma, en los términos empleados por el legislador autonómico, el momento en el que una simple actividad económica debe ser considerada una *actividad turística* y, por lo tanto, debe someterse a su ámbito de aplicación. De esta forma, en definitiva, es el legislador autonómico quien, en base al criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos que observaremos posteriormente, decide cuándo tiene lugar la efectiva exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU, delimitando las figuras jurídicas del *arrendamiento vacacional*, por un lado, y del *alquiler turístico*, por el otro.

A continuación, desarrollaremos por qué entendemos que, definitivamente, el principal instrumento jurídico que diferencia las figuras del *arrendamiento vacacional* y del *alquiler turístico* (que no se equipara al contrato del hospedaje) se encuentra en el criterio de habitualidad (que, en el caso de los *alquileres turísticos* viene establecido en el propio Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico), y no, en cambio, la presencia o no de servicios adicionales al alojamiento.

2.2.4 **La inaplicabilidad de los servicios adicionales al alojamiento como criterio diferenciador entre alquileres turísticos y arrendamientos vacacionales**

Basándonos en la clasificación de los servicios adicionales al alojamiento, los *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, por un lado, y los *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter privado o civil, por el otro, y, además, habiendo expuesto que los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje, precisamente, por carecer los primeros del elemento esencial que caracteriza los segundos, como son los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (de carácter privado), llegamos a la conclusión de que, finalmente, la existencia de los servicios adicionales al alojamiento no es válida como instrumento jurídico para diferenciar entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*.

En efecto, en el caso de los *alquileres turísticos*, se observa que los servicios adicionales al alojamiento se corresponden, en todo caso, con los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento propios del ámbito jurídico-público o administrativo de los contratos,

aquellos que vienen impuestos por las distintas CC.AA. con la finalidad de garantizar el confort y calidad mínimas del turista, pero en ningún caso se refieren a los servicios del ámbito jurídico-privado o civil, a los *complementarios o añadidos* al alojamiento, ya que el origen de estos es un *arrendamiento vacacional* excluido expresamente de la LAU *ex* artículo 5 e). Por estas razones, no coincidimos con la reflexión de Martínez Cañellas¹⁶⁰, compartida por otros autores¹⁶¹, según la cual, en este contexto de diferenciación entre *arrendamientos vacacionales* y *alquileres turísticos*, consideran que, 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*¹⁶². En nuestra opinión, al tratarse de

¹⁶⁰ MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, pp. 175 y 176, para eludir legalmente la aplicación de la LTIB [e]s recomendable que las cesiones de uso del inmueble con fin vacacional se instrumenten mediante contratos de arrendamiento de temporada, en los que se haga constar que no se prestan servicios turísticos (o sea, sí se pueden prestar servicios básicos como la electricidad, o la recogida de basuras). Dichos arrendamientos pueden ser comercializados en canales no turísticos, como los portales inmobiliarios de internet. Pero también pueden comercializarse en canales turísticos, pues siempre que no se ofrezcan servicios complementarios, seguirá siendo un contrato de arrendamiento de temporada».

¹⁶¹ En su caso, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 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 periodos 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».

¹⁶² MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, pp. 166 a 170, y 175, en el que parte de la premisa de que la comercialización de un de estancias turísticas en viviendas son contratos de hospedaje, al establecerse imperativamente por la normativa una serie de servicios turísticos» complementarios obligatorios (art. 51). En este caso, el autor considera que la mencionada Ley, como norma de ordenación turística, no regula las relaciones jurídicas privadas y, por tanto, no puede regular la nulidad de contratos de alojamiento que no cumplan ciertas condiciones. Así pues, «como contrato de alojamiento, la cesión de uso lleva aparejada la prestación de servicios. Para que se califique de alojamiento, tales servicios deben ser los específicos de la actividad turística. Por lo tanto, la prestación de servicios básicos de electricidad, o de recogida de basuras, propios de los arrendamientos urbanos, como los arrendamientos de temporada, no son suficientes como para calificar la cesión de uso como contrato de alojamiento. Para que la cesión sea la propia del contrato de alojamiento, y pueda entenderse que el contrato queda sujeto a la LTIB, se deben prestar servicios de alojamiento turístico, aunque, en el caso de las viviendas, se alterne con el uso propio y residencial de la vivienda durante la mayor parte del año (artículo 49 *in fine*)», concluye finalmente que «la cesión de uso de viviendas con prestación de servicios turísticos es un contrato de alojamiento sujeto a los requisitos y límites de la LTIB y a su régimen sancionador. En caso de que no se presten servicios turísticos, nos encontraremos ante un arrendamiento de temporada, no regulado por la LTIB, por lo que no quedará sujeto a su régimen sancionador. En consecuencia, caben arrendamientos de temporada en viviendas plurifamiliares, en adosados, en pareados, en viviendas unifamiliares, y durante más de dos meses al año. Su régimen se regirá por la LAU, lo que permite a los vecinos a ejercitar las acciones de cesación de actividades molestas, en caso de que los arrendamientos de temporada lo sean en periodos muy breves».

servicios *turísticos o accesorios* exigidos por los Decretos autonómicos (y no, en cambio, a servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del hospedaje), impuestos por las distintas CC.AA., entendemos que estos no son de libre disposición por las partes, que no podrán pactar o no su inclusión, ya que, además, en principio, habrían pactado en origen un *arrendamiento vacacional* carente de estos servicios. A nuestro juicio, son requisitos *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter imperativo desde el momento que se entiende que se da el criterio de habitualidad establecido en la propia normativa autonómica, por lo que, en el supuesto en el que las partes no cumplieren su contenido decidiendo expresamente no acatarlos, la relación seguiría calificándose como un *alquiler turístico*, con la particularidad de que sería sancionable por la autoridad administrativa competente¹⁶³ por incumplimiento de unos imperativos concernientes al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, sin que ostentase, en ningún momento, la categoría de *arrendamiento vacacional* por el hecho de haber decidido las partes la exclusión de los requisitos turísticos exigidos por las CC.AA. (que no servicios complementarios). Justamente, según nuestra hipótesis, no es la existencia de los mencionados servicios adicionales al alojamiento (como así entiende la doctrina mayoritaria) el elemento que delimita cuándo una cesión temporal del uso de una vivienda debe ser calificada como un *alquiler turístico* o como un *arrendamiento vacacional*. En su lugar, creemos que la diferencia entre ambas figuras la determina el criterio de habitualidad¹⁶⁴ actualmente establecido por las CC.AA., a partir del cual, además de modificarse la condición jurídica de las partes, creemos que se impone la obligatoriedad de establecer unos requisitos turísticos puramente administrativos (que no servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), que, bajo nuestro punto de vista, delimitan en cierta manera *las condiciones de uso inmediato* exigidas en la propia LAU.

¹⁶³ En los mismos términos, MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 100, dispone que «lo primero que hay que plantearse es a qué legalidad nos estamos refiriendo: ¿la turístico-administrativa?, ¿la fiscal?, ¿la civil? Como sabemos, si la cesión de vivienda vacacional no está sujeta a la norma turística, es imposible que esté «fuera» de su legalidad. Por lo que respecta a la legalidad fiscal, estará fuera de ella el arrendador que no tribute por el IRPF en concepto de rendimiento del capital inmobiliario».

¹⁶⁴ En esta dirección, DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 19, expone que «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».

Efectivamente, en la hipótesis en la que una cesión temporal del uso de una vivienda reúna los requisitos del apartado e) del artículo 5 LAU, pero no así las condiciones de habitualidad establecidas en el correspondiente régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, no se materializaría la exclusión del mencionado apartado e), y el contrato derivado de correspondiente actividad de alojamiento seguiría siendo calificada como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU. A título de ejemplo, podemos exponer el caso de la normativa sobre viviendas turísticas de Castilla y León, en la que se entiende que la cesión del uso temporal de la totalidad de una vivienda a cambio de un precio, que reúna las condiciones expuestas en el apartado e) del artículo 5 LAU, se considera excluido de la LAU, única y exclusivamente, a partir de la definición del criterio habitualidad, que, como así expondremos en el apartado siguiente, 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. En este supuesto, el instrumento jurídico que determinará el momento exacto en el que una determinada cesión temporal del uso de una vivienda en esta CC.AA. deba ser calificada como *arrendamiento vacacional*, o como *alquiler turístico*, creemos que no es la existencia de una serie de servicios adicionales al alojamiento (que, en el caso de los *alquileres turísticos*, serían servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter público o administrativo), ya que creemos que la exigencia de los mencionados servicios no existirá, en esta CC.AA., hasta que la práctica de esa actividad económica halla superado el mes, límite que fija el criterio de la habitualidad, a partir del cual la actividad se modificaría en una actividad turística. Así, si un propietario arrienda su vivienda siete veces en un año natural durante cuatro noches en cada ocasión, 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. En esta hipótesis, entonces, se estaría considerando que la frecuencia con la que se arrienda la vivienda es ocasional, no profesional, en definitiva, esa actividad económica no reuniría, por el momento, las exigencias necesarias para ser considerada como una actividad turística. Ahora bien, si el propietario del ejemplo anterior volviese a ceder, dentro del año natural, su vivienda, en una octava ocasión, por un período de cinco noches más, en este caso sí que, al sobrepasar el límite fijado en el criterio de habitualidad (mas de un mes en un año natural), dicha cesión de la vivienda pasaría a ser califi-

cada como un *alquiler turístico* y, en este caso sí, el ofrecimiento de los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento establecidos por las CC.AA., serían imperativos y, consecuentemente, las partes del contrato ostentarían la condición jurídica de profesionales y consumidores y usuarios. No obstante, desde otra perspectiva, en el supuesto en el que un propietario arrendase su vivienda por un período inferior al establecido en el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA., pero en el que las partes acordasen libremente en el contrato el ofrecimiento de otro tipo de servicios complementarios o añadidos al alojamiento (limpieza de la habitación, desayunos/comidas/cenas, caja fuerte, servicio de atención telefónica 24 h, y otros), en este caso, dicha cesión de la vivienda no sería calificada ni como *arrendamiento vacacional* ni como *alquiler turístico*, sino que, en principio, y siempre y cuando reuniese el resto de requisitos indispensables para ello, se trataría de un eventual arrendamiento complejo atípico (hospedaje) al que no le sería de aplicación ni la LAU ni la normativa autonómica sobre viviendas con fines turísticos.

Por todo ello, y como ya hemos defendido en diversas ocasiones¹⁶⁵, desde nuestro punto de vista, y pese a que nuestra posición sea minoritaria¹⁶⁶, creemos que el criterio de la habitualidad establecido en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico es el límite jurídico que fija cuándo una determinada cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda que reúna el resto de los requisitos establecidos en el apartado e) del artículo 5 LAU, debe ser calificada como alquiler turístico en lugar de como arrendamiento vacacional, así como de las consecuencias jurídicas

¹⁶⁵ BOTELLO HERMOSA, 2017b, p. 618, concluíamos que «*así, el criterio que establece cuándo un alquiler debe ser considerado “vacacional” y cuándo “de uso turístico”, es el de la “habitualidad”, en referencia al número de veces que desarrollen tal actividad, un concepto que cada normativa autonómica va a delimitar de forma diferente. Consecuentemente, dependiendo de la normativa autonómica a la que acudamos, la línea que delimitará si un arrendamiento deberá calificarse como “vacacional” o, por el contrario, como “turístico”, variará en función de lo que cada autonomía halla establecido como “habitualidad”*».

¹⁶⁶ En nuestro mismo sentido se pronuncia recientemente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p. 180: «*la clave en este caso está en determinar qué es lo que debe entenderse por “habitual”, porque de ello dependerá la consideración de estas viviendas como VFT o su exclusión del ámbito de aplicación del Derecho y su remisión, expresa o no, a otras normas para su regulación (LAU, en unos casos, o legislación de apartamentos turísticos, en otros)*. También, de esta corriente, creemos que podemos catalogar el análisis de DÍAZ VALÉS, 2018b, p. 46, cuando precisa que «*la habitualidad o reiteración en la comercialización del alojamiento turístico se presenta como el criterio más frecuente en las diferentes normas para considerar la cesión como turística*», y esto pese a que, posteriormente, añade que *el problema se presenta a la hora de determinar cuándo existe dicha habitualidad, pues (...) las soluciones son de lo más variado dependiendo de las diferentes normas*». En efecto, el hecho de que el criterio de habitualidad sea heterogéneo, no lo interpretamos como un elemento invalidante como criterio delimitador de las dos figuras, sino más bien como algo que debe ser modificado y mejorado.

que de ello se derivan (concretamente, la condición jurídica de profesionales y consumidores y usuarios de las partes y la aplicación del Derecho de consumo, entre otras). Así pues, a continuación, profundizaremos el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de usos turístico, con la finalidad de exponer por qué, en nuestra opinión, debe ser reconfigurado.

3. UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD PREVISTO EN LOS DECRETOS AUTONÓMICOS SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Ante la problemática jurídica que ha planteado la introducción del apartado e) en el artículo 5 LAU, a partir del cual no queda clarificado el momento exacto en el que se produce la exclusión de un determinado *arrendamiento vacacional* y tiene lugar el nacimiento de un *alquiler turístico*, y contrariamente a la doctrina mayoritaria que considera que dicho límite se determina en base a la existencia de servicios adicionales al alojamiento, nosotros proponemos que el instrumento jurídico que, actualmente, responde al interrogante planteado, es el criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico.

En este contexto, a continuación, abordaremos los principales elementos que, en nuestra opinión, hacen del criterio de habitualidad un límite controvertido (3.1), con la finalidad de ofrecer, posteriormente, una propuesta de reconfiguración de este (3.2).

3.1 UNA APROXIMACIÓN AL CONTROVERTIDO CRITERIO DE HABITUALIDAD ESTABLECIDO POR LAS CC.AA., CONSIDERADO COMO EL ORIGEN DE LOS AQLUILERES TURÍSTICOS

El criterio de habitualidad delimitado por las diferentes CC.AA. —en base al reparto competencial establecido en la CE, concretamente al artículo 148.1.18 CE sobre *promoción del turismo y su ordenación en el ámbito de la Comunidad*¹⁶⁷—, se caracteriza por

¹⁶⁷ A título de ejemplo, dispone el 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, que «*el presente decreto se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva que tiene atribuida la Comunidad de Castilla y León en materia de Promoción del turismo y su ordenación en el ámbito de la Comunidad, de acuerdo con lo*

ser heterogéneo (3.1.1), restrictivo (3.1.2) y, especialmente, por ser contrario, en nuestra opinión, al orden competencial establecido en nuestra Carta magna (3.1.3).

3.1.1 Heterogéneo

Cada CC.AA. determina, expresamente, el criterio de habitualidad, y lo hace siguiendo sus propias necesidades, un hecho que ha sido criticado por parte de la doctrina¹⁶⁸ —en la que nos incluimos—, que se muestra favorable a «una regulación homogénea en las Comunidades Autónomas que respeten los principios de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»¹⁶⁹, debido al caos regulatorio que actualmente existe¹⁷⁰. Por ello, a continuación, vamos a exponer cómo ha regulado, cada CC.AA., el mencionado criterio de habitualidad.

En la normativa de la Junta de Andalucía¹⁷¹, se asocia directamente la habitualidad con la acción de promocionar una vivienda a través de los *canales de promoción turística*¹⁷². De esta forma, por el mero hecho de ofertar una vivienda a través de un canal de promoción turística se presupone una actividad turística y, por ende, la existencia de 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). El legislador autonómico andaluz establece que la simple promoción turística de

establecido en el artículo 148.1.18 a de la Constitución Española, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.1.26.º del Estatuto de Autonomía». También otras CC.AA., pese a no indicarlo de forma expresa, hacen referencia al mismo reparto competencial asumido a través de sus Estatutos de Autonomía. En este sentido, por ejemplo, Asturias, a través del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, basa su competencia para regular, entre otros, el criterio de habitualidad, en «el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, en su artículo 10.1.22 [que] establece la competencia exclusiva de esta Comunidad autónoma en materia de turismo».

¹⁶⁸ Entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, pp. 30, 34 y 35, señala que «el problema que surge es que cada CC.AA. ha regulado los arrendamientos con fines de uso turístico en base a sus propios intereses, lo que ha propiciado la aparición en el territorio español de múltiples leyes con un tratamiento jurídico totalmente diferente en su configuración jurídica. [Este escenario] constituye un verdadero problema para quienes desean impulsar este tipo de actividades (...) porque no existe un marco jurídico común que los proteja».

¹⁶⁹ MAGRO SERVET, 2017a, p. 4.

¹⁷⁰ DÍAZ VALÉS, 2018b, p. 46 y 47.

¹⁷¹ Artículo 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: «se presumirá que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística».

¹⁷² Artículo 3.3, *ibid.*, dispone que se entiende por canales de promoción 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».

una vivienda es suficiente para entender que, en caso de que se lleve a cabo una cesión temporal de la misma, esta deba entenderse excluida de la LAU y, consecuentemente, deba quedar sometida al ámbito de aplicación de la normativa autonómica. Esta línea se sigue en Valencia¹⁷³, Asturias¹⁷⁴ y Aragón¹⁷⁵.

En cuanto al límite de la *temporalidad*, en Andalucía se fija en un máximo de dos meses cuando se trate de la misma persona¹⁷⁶, de forma que, en el supuesto de que una cesión de vivienda entre particulares sea promocionada a través de algún canal de oferta turística, en caso de celebrarse 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 así como un alquiler turístico, por haberse superado el umbral.

En el caso de la normativa de las Islas Canarias¹⁷⁷, se entiende que la cesión de una vivienda se producirá *de forma habitual* cuando se realice *dos o más veces dentro del periodo de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones*. Al contrario de lo regulado en Andalucía, en Canarias 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*, determina que *la cesión temporal* no podrá implicar el cambio de residencia por parte de la persona

¹⁷³ Artículo 2.2 c), del Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana: «cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías».

¹⁷⁴ Artículo 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».

¹⁷⁵ Artículo 2 a), del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón, que entiende por Viviendas de uso turístico «aquellos inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, viviendas unifamiliares aisladas u otras pertenecientes a complejos inmobiliarios privados que son cedidas de modo temporal por sus propietarios, directa o indirectamente, a terceros para su alojamiento turístico, amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato, comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística y con una finalidad lucrativa». Asimismo, en el apartado c), fijan el periodo de *temporalidad* en un mes de forma continuada.

¹⁷⁶ Artículo 2 b) 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 «de forma habitual y con carácter temporal, esto es por un plazo máximo de dos meses seguidos a un mismo turista».

¹⁷⁷ Artículo 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.

usuaria¹⁷⁸, un plazo que, desde la perspectiva tributaria y de forma general¹⁷⁹, quedaría fijado en seis meses¹⁸⁰. 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 Asturias¹⁸¹, La Rioja¹⁸², Valencia¹⁸³, Madrid¹⁸⁴ y Murcia¹⁸⁵.

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 León¹⁸⁶, 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 adquirirá la condición de *empresa de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico (en adelante empresa)*, y cómo, consecuentemente, tendrá lugar el alquiler turístico, que, según dispone posteriormente, *consiste en la prestación de hospedaje de forma habitual y 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*¹⁸⁷. Por lo que respecta a la temporalidad, en cuanto a lo

¹⁷⁸ Artículo 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.

¹⁷⁹ Artículo 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.

¹⁸⁰ En los mismos términos GONZÁLEZ CABRERA, 2015b, pp. 396 a 405.

¹⁸¹ Artículo 3 a), del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.

¹⁸² 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.

¹⁸³ El mencionado Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, no establece un límite máximo, de ahí que, siguiendo el mismo criterio que la normativa canaria, se pueda presuponer en los seis meses.

¹⁸⁴ Artículo 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.

¹⁸⁵ Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Artículo 4 d) del 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.

expuesto en este apartado d), queda fijado 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 Madrid¹⁸⁸, antes de la reciente modificación que ha llevado a cabo, establecía en tres meses el criterio de la habitualidad. Así, en primer lugar, disponía 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 ha sido modificada 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*¹⁸⁹. 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, directamente por el momento en que se publicite por cualquier medio. Es decir, 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 simple anuncio en una página de alquileres de internet. No obstante, no queda clarificado si el criterio de habitualidad debe entenderse desde la simple publicación de la vivienda¹⁹⁰ o si debe ser desde que se cede efectivamente la vivienda.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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, accesible desde el siguiente enlace <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8E601688FE38308FFF39F7B425045DE9?text=&docid=202421&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2986918>, 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 TJUE, el hecho de publicar 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 invalidado.

Continuando con una concepción amplia del criterio de la habitualidad, La Rioja¹⁹¹, 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 que sean continuados¹⁹². 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. Por lo tanto, para que una cesión temporal del uso de una vivienda no sea considerada como Alquiler turístico es necesario que el arrendamiento se realice por un período de, como mínimo, una semana, y, a su vez, que este tipo de actividad no halla superado el cómputo total de tres meses. Así pues, la media de los alquileres que se realizan a través de plataformas digitales es inferior a siete noches¹⁹³, la mayoría de las relaciones contractuales encajarán en el perfil de los Alquileres turísticos.

La normativa de la Región de Murcia¹⁹⁴ referencia los alquileres turísticos como alojamientos vacacionales, y los regula junto a los apartamentos vacacionales, donde la principal diferencia entre ambos radica en el número de viviendas pertenecientes a la misma persona explotadora¹⁹⁵. En este caso, dispone que *se presumirá la habitualidad 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*¹⁹⁶. Es decir, se determina la existencia de la habitualidad por dos vías; a partir de que la publicidad del alojamiento –por cualquier medio–, o cuando el cómputo global de cesiones temporales de vivienda realizadas durante un mismo año halla superado el mes.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² *Ibid.* artículo 66. 2 que «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».

¹⁹³ IV Barómetro del alquiler vacacional en España (2017). Homeaway. p. 23. Disponible en https://resources.homeaway.es/info/files/live/sites/es/files/shared/HomeAwayLab/images/IV%20Barometro/IVBarometroDelAlquilerVacacional2017--ts-2017-07-05T17%3A39%3A14_971%2B01%3A00.pdf

¹⁹⁴ Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

¹⁹⁵ Artículo 5.1, Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril, «Se consideran empresas explotadoras de apartamentos turísticos las personas físicas o jurídicas, sean titulares o no de los alojamientos, que realicen de forma profesional y habitual la actividad de cesión mediante precio, del uso o disfrute ocasional de los mismos, debiendo ser clasificadas por la Consejería competente en materia de Turismo».

¹⁹⁶ Artículo 5. 2, Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

En el País Vasco¹⁹⁷, 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.

Por lo que respecta a Cataluña¹⁹⁸, aunque no se mencione el término habitualidad, esta noción se extrae de lo que han calificado como *estancia de temporada*¹⁹⁹, que no es más que *toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días*²⁰⁰. Así, toda cesión de vivienda celebrada por un período temporal inferior a treinta y un días es, automáticamente, considerada como alquiler turístico, excluida del ámbito de aplicación de la LAU. A su vez, este mismo tope marca el límite de la temporalidad.

En Galicia²⁰¹ se ha establecido que para que se considere una vivienda como de uso turístico debe, entre otros criterios, 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*²⁰², 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

¹⁹⁷ Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, artículo 2. 4 que «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».

¹⁹⁸ Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

¹⁹⁹ *Ibid.*, artículo 66.1. «Tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellas que son cedidas por su propietario, directamente o indirectamente, a terceros y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas en ese Decreto».

²⁰⁰ *Ibid.*, artículo 66.3.

²⁰¹ Decreto 12/2017, de 26 de enero (DOGA 10/2/2017), por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

²⁰² Artículo 5.2, Decreto 12/2017 de 26 de enero (DOGA 10/2/2017) por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

resto de los requisitos no expuestos²⁰³, pero que se encuentran en la propia normativa²⁰⁴), y siempre y cuando la duración de esta no supere los 30 días, se entiende que el contrato en cuestión estará sometido a la normativa autonómica gallega e, inevitablemente, estará excluido de la LAU en función del artículo 5 e).

En cuanto a la normativa de las Islas Baleares²⁰⁵, 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*²⁰⁶. Posteriormente, en el apartado 13 del artículo 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 del mismo artículo 50 de la normativa balear sobre viviendas de uso turístico, que determinan que (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*

²⁰³ Ver Capítulo IV de la normativa.

²⁰⁴ Sobre estos requisitos, se puede hacer mención a la reciente Sentencia n.º 555/2017 de TSJ Galicia (A Coruña), sala de lo contencioso, 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 artículos 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 tanto al artículo 38 de la CE, (que establece el principio de libertad de empresa), así como vulneradora del artículo 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.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ Artículo 49, 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.

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 Castilla-La Mancha se 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*²⁰⁷.

Por lo que respecta a Navarra²⁰⁸, Cantabria²⁰⁹ y Extremadura, al no existir un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, la exclusión del apartado e) del artículo 5 no ha lugar.

En definitiva, observamos que el criterio de habitualidad viene establecido en todas las CC.AA. para delimitar el momento a partir del cual se entienden aplicables los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico que lo fijan, y, consecuentemente, se produce la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU ex artículo 5 e) LAU, y el consiguiente nacimiento del *alquiler turístico*. Como hemos podido observar, y como así criticaremos a continuación, el denominador común de este criterio es su carácter extremadamente restrictivo que, prácticamente, anula la posibilidad a los arrendadores particulares de celebrar *arrendamientos vacacionales*.

²⁰⁷ Artículo 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.

²⁰⁸ Desde nuestro punto de vista, entendemos que Navarra no ha elaborado ninguna normativa específica para regular las Viviendas de uso turístico. La normativa que podría considerarse aplicable al Alquiler turístico, sería 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, sin embargo, como bien viene especificado, hace referencia a los Apartamentos turísticos, un supuesto diferente al de las viviendas particulares destinada a un uso turístico.

²⁰⁹ Existe un Borrador por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria, en el que, su artículo 2, b), dispone que *«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»*.

3.1.2 Restringido

El criterio actual de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico es, desde nuestro punto de vista, injustificadamente restrictivo, puesto que, en la práctica, desaparece la posibilidad de celebrar arrendamientos vacacionales entre particulares.

En efecto, el requisito de habitualidad establecido en por las CC.AA. limita el derecho de los ciudadanos a que puedan llevar a cabo, en su condición jurídica de particulares, cesiones de la totalidad de una vivienda por cortos períodos de tiempo, ya que, desde la primera o segunda ocasión que realicen esta actividad económica, automáticamente, van a ser tratados por la norma como profesionales, teniendo que, por ello, someterse a la normativa de consumo y al cumplimiento de una serie de imperativos administrativos, que, como así considera la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), limitan y desincentivan este tipo de actividades²¹⁰, beneficiándose de ello los operadores tradicionales que realizan este tipo de actividades económicas de forma habitual²¹¹.

En este sentido, los principales argumentos en los que se sustenta la actual y restrictiva regulación de los alquileres turísticos y, por consiguiente, el restringido límite de habitualidad por parte de las CC.AA., tienen como base la defensa del arrendatario en su condición jurídica de turista, concibiéndolo como un consumidor y usuario²¹². Partiendo de ese principio, esta corriente presupone, *grosso modo*, que el arrendador, por regla general, no sigue los controles de calidad de los alojamientos hoteleros²¹³ –con el consi-

²¹⁰ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 56 a 58, indica que «en ocasiones, bajo la justificación de requisitos técnicos y equipamientos mínimos para garantizar la habitabilidad en la vivienda o una calidad considerada suficiente o recomendable desde la administración, la normativa autonómica recoge un conjunto de requisitos que incrementan los costes administrativos, de acceso y de ejercicio de la actividad. Por ejemplo, distintas normativas requieren equipamiento completo de la vivienda o, incluso, requisitos más específicos (medidas de la cama, puntos de luz, tipo de perchas, etc.), que implican un incremento innecesario en los costes para los propietarios de las viviendas. (...) Estos requisitos elevan los costes de entrada, obstaculizan la diferenciación y limitan la competencia en variables precio y no precio. (...) Esta limitación no está justificada y es desproporcionada».

²¹¹ CNMC, 19 de julio de 2018, p. 59, señala que «por su parte, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía señala que imponer el cumplimiento de determinados requisitos en la prestación del servicio, semejantes a los exigidos para apartamentos turísticos y establecimientos hoteleros, pueden beneficiar a los operadores que compiten en el mercado desarrollando su actividad turística de manera permanente y habitual mientras para los que la ejercen temporalmente, estos requisitos pueden resultar desproporcionados».

²¹² FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 132.

²¹³ DE LA ENCARNACIÓN VARCARCEL, REALA, 2016, p. 46, «así, a nivel administrativo, no se exigen garantías de higiene y salubridad en las viviendas que son cedidas a

guiente riesgo que ello implica para la calidad del destino España»²¹⁴—, además de que, al carecer de regulación²¹⁵, comete actos de competencia desleal²¹⁶ a través de esta actividad propia de la economía sumergida²¹⁷, mediante la cual elude el pago de los tributos correspondientes operando de manera ilegal y clandestina²¹⁸. Se les cree responsable de la pérdida del comercio de proximidad, al transformar los usos de los espacios públicos hacia una *clase turista*, provocando con ello un deterioro de la convivencia vecinal y las condiciones de la vida de la población local²¹⁹. Estos argumentos reflejan, sin embargo, única y exclusivamente las externalidades negativas de la irrupción de los particulares como nuevos oferentes de alojamiento y lo que esto conlleva²²⁰, sin valorar los aspectos positivos. Además, es importante advertir que, en

través de estas plataformas, por lo que los usuarios quedan desprotegidos como consumidores al no establecerse la obligatoriedad de servicios generales de limpieza, ni la exigencia de unos controles sobre la higiene, el nivel de ruidos u olores en los inmuebles. Su inobservancia queda, por tanto, al margen del régimen sancionador previsto para este tipo de incumplimiento por los alojamientos hoteleros».

²¹⁴ GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, «ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España».

²¹⁵ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 46, dispone que *los usuarios de este tipo de alojamiento no reglado se encuentran en una clara situación de desamparo legal frente a los que utilizan los modelos habituales de hospedaje».*

²¹⁶ En la misma línea GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, dispone que «nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.)». También, DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 50, añade que *quienes ofertan alojamiento reglado deben hacer frente a unos costes que, sin embargo, quienes ofrecen habitaciones en su vivienda a cambio de una contraprestación no deben sufragar; lo que facilita que estos últimos puedan ofrecer alojamiento a los turistas a precios significativamente inferiores. los estándares mínimos de calidad y seguridad que ofrecen los establecimientos reglados tienen un coste que repercutirá en el consumidor final, lo que hace que esta oferta sea económicamente menos atractiva de cara al mercado turístico».*

²¹⁷ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 49, *tampoco podemos olvidar que la inexistencia de normativa al respecto fomenta la economía sumergida, dado que gran parte de los ingresos derivados del arrendamiento de estas estancias no son declarados por las propietarias y propietarios de las viviendas (...). Asimismo, a pesar de que la normativa sobre el impuesto del IVA no sería de aplicación al alquiler esporádico de la vivienda, el hecho de que se haga con frecuencia convierte a este particular en profesional de la actividad, por lo que se le debería considerar autónomo y estaría obligado a darse de alta en el censo y tributar como tal, pagando el IVA correspondiente de dicha actividad, además de su alta en la Seguridad Social».*

²¹⁸ PONCE SOLÉ, 2018, p. 42.

²¹⁹ GIL, 2018, p. 124.

²²⁰ En un sentido similar, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 162, critica que «sin negar que la motivación pueda ser correcta, no obstante, la más eficiente reacción del legislador, ya sea nacional o autonómico, debe pasar por una atenta observación de la realidad, que suele ser bastante más compleja y menos maniquea. Se realizan afirmaciones de principio y generalizaciones, como la relativa al detrimento del destino turístico o al perjuicio para los derechos del usuario turístico, que es necesario pasar por el tamiz de esa realidad (...). En definitiva, el usuario sabe a lo que viene por lo que, si está dispuesto a adquirir el servicio, no tiene por qué afirmarse a priori detrimento alguno de sus derechos. Cuestión distinta es que deba asegurarse el correcto funcionamiento de esos mecanismos de valoración».

este escenario alarmante, se valoran únicamente los alojamientos ofrecidos por un grupo muy concreto de sujetos que, efectivamente, sí reúnen los requisitos expuestos anteriormente, obviándose, no obstante, la realidad de aquellos otros arrendamientos vacacionales que también celebran, de forma paralela, otros sujetos particulares de forma ocasional y no profesional.

Por estos motivos, opinamos que, para determinar un criterio de habitualidad ecuánime entre los intereses en juego (particulares y lobbies hoteleros), que delimite la frontera jurídica entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos* de una forma satisfactoria para las partes, pensamos que *«es necesario valorar si tiene sentido someter a un particular que alquila su casa de forma esporádica y sin ningún tipo de organización profesional a los mismos requisitos a los que se somete a un empresario, por pequeño que sea, que se dedica de forma profesional a la explotación de uno o varios alojamientos con finalidad turística»*²²¹. En efecto, con la restrictiva regulación del criterio de habitualidad por parte de las CC.AA., no se tienen en cuenta los distintos escenarios que se dan con la actividad del alojamiento. Se parte de la premisa de que prácticamente todos los sujetos que ceden el uso y disfrute de sus viviendas lo hacen de forma habitual, por lo que, de forma imperativa, se estima que deben quedar sometidos a la normativa establecida para profesionales ya que, *«como empresarios que son, queda fuera de toda duda que deben someterse a una regulación, en este caso turística, acorde con el servicio que prestan y la calidad y seguridad prescrita por las normas. El producto que ofertan compete, directamente, con el de los alojamientos turísticos tradicionales»*²²². En este sentido, creemos que la normativa actual presupone que quienes llevan a cabo los alquileres turísticos son *«lobos con piel de cordero»*, *verdaderos empresarios o comerciantes que, disfrazados como «peers», ofrecen sus bienes y servicios al margen de la regulación tradicional»*²²³, lo cual justificaría, en cierta medida, un criterio de habitualidad tan restrictivo. Sin embargo, con esta decisión, se está afrontando y solventando esta situación de una forma sesgada, valorándose únicamente los eventuales efectos negativos que de estas actividades se pueden derivar, de una forma parcial, sin tomar en consideración a aquellos otros sujetos que, a diferencia de los anteriores, sí que realizan este tipo de actividades de alojamiento de forma esporádica (no habitual), no profesional, como un simple medio para obtener unos benefi-

²²¹ Sobre este asunto, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 61.

²²² RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 317.

²²³ SERRANO CAÑAS, 2019, p. 261.

cios extra realizando un negocio jurídico privado con la vivienda que poseen y que nada tiene que ver con la situación anterior.

En el contexto actual, creemos que la necesaria protección del turista que se alega en los diferentes Decretos autonómicos²²⁴, que justificaría el criterio de habitualidad tan restrictivo, no es óbice para imposibilitar el acceso ocasional y no profesional de los particulares a las actividades de alojamiento en sus propias viviendas, obligándoles a adoptar unos requisitos turísticos propios de profesionales que realizan esta actividad de forma habitual. En este sentido, expone Desdentado Daroca que *«si se trata de meras cesiones de un bien inmueble, es decir, de un simple alquiler de cosa, no hay competencia posible al tratarse de un producto diferente que no incorpora prestación de servicios turísticos; por tanto, no es que no cumplan las reglas de juego, sino que juegan en otra liga, por seguir con el símil»*²²⁵.

No estamos de acuerdo, por lo tanto, con la regulación del criterio de habitualidad que se está realizando actualmente. En nuestra opinión, no valora ni facilita que otros arrendadores puedan realizar esta actividad de alojamiento esporádicamente, de forma ocasional, con la finalidad de obtener únicamente unos ingresos extras, ya que, por el simple hecho de ofertar la vivienda (como sucede en Andalucía), se les obliga a soportar una serie de obligaciones administrativas propias de empresarios o profesionales, desincentivando su actividad²²⁶. En este sentido, creemos que, el legislador autonómico, en lugar de buscar el correcto equilibrio entre ambas modalidades²²⁷ –arrendamientos vacacionales (particulares) y alquileres turísticos (profesionales y consumidores y usuarios), suprime directamente la posibilidad de los más débiles» a poder seguir desarrollando este tipo de actividades económicas, y esto a

²²⁴ En este sentido, podemos citar la Exposición de Motivos del Decreto andaluz que establece que *«constituye el objeto de este Decreto regular las viviendas que ofertan el servicio de alojamiento turístico a fin de establecer unas mínimas garantías de calidad y seguridad para las personas usuarias turísticas, [como la] protección de personas usuarias de servicios turísticos. No cabe interpretar esta protección como meramente física, sino como una protección de sus derechos como usuarios de unos servicios específicos, de manera que el disfrute por un lado, y la tranquilidad por otro, puedan ser garantizados, lo que se realiza mediante la exigencia de una serie de requisitos que se consideran mínimos para lograr el confort y la seguridad necesaria para los turistas»*.

²²⁵ DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 24.

²²⁶ En este sentido, la CNMC, 19 de julio de 2018, p. 42, determina que *«someter a las viviendas de uso turístico a un régimen de autorización implica un exceso de trámites administrativos, que pueden suponer una carga excesiva y desincentivar la entrada de viviendas de turístico en el mercado de alojamiento»*.

²²⁷ Compartimos la reflexión de RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 319, cuando apunta que *«no puede defenderse, así, que exista una buena regulación para los oferentes esporádicos y ocasionales. Las autoridades tienden a reaccionar con regulaciones que no permiten escindir los dos distintos modelos o, si que se quiere, sujetos, con suficiente claridad»*.

través de una regulación restrictiva²²⁸ que no atiende a ningún tipo de proporcionalidad²²⁹. En esta línea, la CNMC²³⁰, en las conclusiones de su informe sobre la regulación de las viviendas de uso turístico (en adelante, VUT) en España, señala que, a pesar de que algunas de esas externalidades negativas son propias de las VUT, otras están, en realidad, ligadas a la actividad turística en general o a la concentración de visitantes y no exclusivamente a los turistas que se alojan en VUT, apuntando que *«tales efectos han sido utilizados como justificación teórica para numerosas regulaciones, a nivel autonómico y local, que son restrictivas únicamente con las VUT. (...) Como la CNMC y las autoridades de competencia autonómicas han constatado, estas regulaciones, con frecuencia, restringen la oferta y la capacidad de competir de las VUT y, por ello, son perjudiciales para consumidores, ciudadanos y para la economía en su conjunto»*. Finalmente, añade que muchas de estas regulaciones están inspiradas en las normas de alojamiento tradicional, que tienen que hacer frente a la competencia de la expansión de las VUT y tienen como efecto proteger esta oferta tradicional». En este sentido, compartimos la opinión de Rodríguez Font²³¹, quien cree que la *«posible pérdida de ingresos es la preocupación que asoma detrás de la retahíla de ámbitos sujetos a protección pública que se consideran amenazados y que las administraciones acostumbran a mencionar en las exposiciones de motivos de las normas casi a modo de mantra»*, así como a lo expresado por Sánchez González²³², quien comenta que algunas CC.AA., amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad —con el consiguiente perjuicio para las arcas generales—, así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es

²²⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 25, habla de *posición restrictiva de las Administraciones municipales, de las CC.AA., y nacionales, que han regulado el fenómeno de manera restrictiva»*.

²²⁹ DESDENTADO DAROCA, 2018b, pp. 18 y 19, plantea los siguientes interrogantes frente a *«una regulación que probablemente no supera el test de proporcionalidad. ¿Es proporcionado que un propietario que quiere alquilar su segunda residencia, los dos meses de verano que él no la utiliza, quede sujeto a una regulación turística? ¿que un particular que alquila su primera o segunda vivienda sin habitualidad y con escasos ingresos se vea sometido a los rigores de la legislación administrativa? ¿es lógico que para evitar el problema de los fondos buitres o de la actuación encubierta e ilegal de empresas turísticas mediante el recurso a las viviendas de uso turístico se recorte de esta forma las facultades de libre disposición del propietario de inmuebles? ¿es razonable que todo se considere alojamiento turístico y quede sometido a la intervención y control administrativos? Parece que algunas regulaciones difícilmente superan el parámetro de proporcionalidad (...) por lo que conviene establecer criterios para diferenciar ambos supuestos»*.

²³⁰ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 61 y 62.

²³¹ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 320.

²³² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, RDP, 2009, p. 4.

el turismo, y haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución –o, al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas–, «*proceden al diseño de normativas propias reguladoras de este concreto aspecto del sector turístico, llegando a inmiscuirse en ámbitos reservados (...) al legislador estatal*». En definitiva, opinamos que con la configuración restrictiva actual del criterio de habitualidad establecido por las CC.AA. se adopta una solución salomónica sobre el problema del intrusismo y de competencia desleal que plantea este tipo de alojamientos realizados entre particulares a través de las plataformas digitales, con la que se ha optado por delimitar un criterio de habitualidad tan restrictivo²³³ que, al calificar desde un principio a todos los arrendadores como profesionales, desincentiva a los particulares que arriendan sus viviendas de forma ocasional al imponerles unas obligaciones desmedidas²³⁴, cuyo resultado se traslada a la inoperancia casi total de la figura del arrendamiento vacacional.

Así las cosas, y como así trataremos de desarrollar a continuación, el hecho de que el criterio de habitualidad actual sea heterogéneo y restrictivo, en nuestra opinión, se debe a que está siendo delimitado por las CC.AA. en contra del orden constitucional.

3.1.3 Contrario al orden constitucional

El criterio de habitualidad, que delimita la figura del *alquiler turístico* en las distintas CC.AA., se caracteriza, además de por su carácter heterogéneo y restrictivo, por ser contrario al orden constitucional. En nuestra opinión, a través de la delimitación del criterio de habitualidad, el legislador autonómico trasciende su ámbito competencial y se inmiscuye en una materia exclusiva del Estado (*ex* artículo 149. 1. 6 y 13 CE) al modificar la condición jurídica de las partes que desarrollan el *alquiler turístico*.

En efecto, y como ya hemos avanzado en el apartado 2.1.2.2, a través del criterio de habitualidad, además de fijarse el fin de un

²³³ Según la Autoridad Catalana de la Competencia, se «*excepciona el principio de libertad de prestación de servicios, en ningún momento justificada por la Administración catalana de acuerdo con los parámetros definidos por la Directiva. (...) La ACCO señala que no resulta adecuado –en términos de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención posible– aplicar la regulación propuesta a los particulares que ejercen de modo esporádico o puntual estas actividades de cesión, a cambio de contraprestación económica, de viviendas o habitaciones en las mismas*». Información recuperada de RODRÍGUEZ FONT, 2018, pp. 305 y 307.

²³⁴ Crítica DESDENTADO DAROCA, 2019a, p. 80, que «*lo que no resulta razonable es que una actividad no profesionalizada ni habitual de alquiler por temporada realizada por pequeños propietarios de su primera o segunda vivienda esté sujeta a estas restricciones o limitaciones, (...) es un efecto distorsionador más de la ausencia de una adecuada delimitación de ambas actividades: la de alquiler de temporada y la de prestación profesionalizada de servicios de alojamiento turístico*».

arrendamiento vacacional y el nacimiento de un *alquiler turístico*, se determina, de forma colateral, la condición jurídica de los contratantes²³⁵. En este sentido, el legislador autonómico, al otorgar a los huéspedes –en origen particulares– el estatus jurídico de turistas, atribuye, por un lado, la condición jurídica de consumidores y usuarios, así como, por el otro, de forma colateral, la de profesionales o empresarios²³⁶ a los cedentes de la vivienda, una condición jurídica que se adquiere, especialmente, a partir del criterio de habitualidad. En este sentido, efectivamente, en la configuración de la figura del empresario o profesional del artículo 1.1.º del Código de comercio, junto a la plena capacidad legal y el ejercicio del comercio sea en nombre propio, destaca, como elemento configurador de este estatus jurídico, la exigencia de la habitualidad en el ejercicio de la actividad económica.

Centrándonos en el criterio de habitualidad, lo concebimos como el parámetro más relevante para tener en cuenta para determinar la condición de profesional o empresario de un sujeto que desarrolla una actividad económica. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo precisa que es un *elemento clave, para la calificación como trabajador autónomo, la habitualidad en el desarrollo de la actividad económica de que se trate*²³⁷, definiéndolo como una actividad económica continuada²³⁸, en relación no con la periodicidad sino con el hecho de que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que desempeñe quien lo realiza, conectándose así la *habitualidad* con la *profesionalidad*²³⁹. Esta idea la profundiza Ruiz de Velasco²⁴⁰ al afirmar que *«de una adecuada y correcta interpretación de la legislación mercantil, puede deducirse que el concepto de habitualidad coincide, en líneas generales, con el de profesionalidad*²⁴¹(...) *En conclusión, la aplicación del artículo 3, en lo referente al significado*

²³⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016c, *IJSMT*, p. 41, indica que *«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»*.

²³⁶ En esta misma línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 161, afirma que *«algunas Comunidades directamente asignan tal condición a quien presta el servicio de alojamiento en estas viviendas»*.

²³⁷ STS, Sala 4.ª de lo Social, 20 de marzo de 2007, FJ 4.

²³⁸ Las Sentencia Social TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec. 406/1997, 29-10-1997 o 14 de febrero de 2002.

²³⁹ STS de 2 de diciembre de 1988, Sala de lo contencioso Administrativo.

²⁴⁰ RUIZ DE VELASCO, 2007, pp. 170 y 171.

²⁴¹ *«Así, nuestro Tribunal Supremo, en una Sentencia de 1 de diciembre de 1950, declara que se entiende la existencia de la habitualidad, cuando la persona hace del comercio su modo de vivir. En parecidos términos, otra Sentencia de 19 de junio de 1956, recalca que comerciante es el que se dedica constantemente al comercio»*.

de la habitualidad, supone que se exige, como elemento necesario, que se haga del comercio el medio de vida y la dedicación constante al mismo». De las líneas anteriores extraemos que el concepto de habitualidad coincide con la nota de profesionalidad, de modo que, para que exista habitualidad, es necesario que se haga del comercio el medio de vida y que exista una dedicación constante al mismo²⁴². Del mismo modo, y refiriéndose a la condición de empresario como sinónimo de profesional, suscribe Rojo Fernández Río²⁴³ que *en sentido jurídico, empresario es, pues, quien ejercita en nombre propio una actividad empresarial. Esa actividad es una actividad profesional, es decir, habitual y no ocasional. (...) No hay ejercicio profesional si la actividad no es sistemática con tendencia a durar. De ahí que la realización de un singular «acto de comercio» no permita atribuir al sujeto la condición de empresario. Ahora bien, la profesionalidad no exige que la actividad se desarrolle de modo continuado y sin interrupciones: exigen actividades cíclicas o estacionales que son empresariales».* De esta forma, de lo expuesto en el párrafo superior, se advierte que el concepto de habitualidad coincide con la nota de profesionalidad o la condición jurídica de profesional/empresario, para la cual es necesario que se haga del comercio el medio de vida y que exista una dedicación constante al mismo –no tienen por qué realizarse de modo continuado y sin interrupciones en el tiempo, sino que puede tratarse de actividades cíclicas o estacionales–. El criterio de habitualidad es, por todo ello, indispensable para la existencia de la noción de empresario²⁴⁴, incluida la acepción de esta figura que se ofrece en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios²⁴⁵, es decir, la condición de empresario o profesional del sujeto que interactúa con los consumidores y usuarios. Por todo ello, en base a esta premisa, y como así hemos

²⁴² Según RUIZ DE VELASCO, 2007, pp. 170 y 171, la profesionalidad, además de la repetición, supone: a) que se realice el comercio, con arreglo a un plan determinado, b) que se tenga intención de obtener lucro, es decir, que se pretenda que el comercio sea el medio a través del cual pueda vivir la persona que se dedica al mismo, y c) que se exteriorice. Como se observa, se trata, según este autor, de tres circunstancias que deberían ser necesarias para que una persona pudiera, realmente, ser considerada como comerciante, pese a que nuestro Código de Comercio únicamente exige la tercera, su exteriorización.

²⁴³ ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 43.

²⁴⁴ En la misma línea LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 68, apunta que *«se puede concluir que las personas frente a las que se protege al consumidor por la TRLCU incluirían a todo tipo de empresario, sin limitarse solamente y en modo alguno a los empresarios mercantiles».*

²⁴⁵ Concepto modificado por el artículo único 1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. *«A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».*

expuesto anteriormente, creemos que, actualmente, las CC.AA., a través de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, al regular la esfera jurídico-pública o administrativa de los *alquileres turísticos* ex artículo 148.1.18 y 51 CE, configuran, igualmente, a través de la delimitación de los diferentes criterios de habitualidad²⁴⁶, de una forma heterogénea y restrictiva, la condición jurídica del oferente del alojamiento como empresario o profesional y del arrendatario, y la del huésped como turista-consumidor y usuario, una materia sobre la que, en nuestra opinión, las CC.AA. no tienen competencia legislativa ex artículo 149.1.6 CE.

En este contexto, donde consideramos que, mediante la delimitación del criterio de habitualidad, el legislador autonómico regula, actualmente, la condición jurídica de las partes 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*»²⁴⁷, creemos que es pertinente plantear el siguiente interrogante: ¿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? Desde nuestro punto de vista, pensamos que la respuesta debe ser negativa²⁴⁸. En nuestra opinión, se trata de una materia (la condición de comerciante) sobre la que el legislador autonómico no tiene competencia constitucional, puesto que se trata de una materia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.6 CE.

Por ello, y porque, hasta la fecha, no se ha producido ninguna delegación por parte del legislador estatal al autonómico de esta materia, habilitándole para ello, mediante una Ley Orgánica de transferencia y delegación prevista en el artículo 150.2 CE²⁴⁹, cree-

²⁴⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016c, *IJSMT*, p. 41.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 90.

²⁴⁸ En esta misma línea, MIRANDA SERRANO, 2017, p. 229, concluye que «*en todo caso, parece claro que la delimitación exacta de quien es o no empresario o profesional (...) es una cuestión que no puede quedar en manos de las legislaciones autonómicas. En caso contrario, podrían coexistir en esta materia en nuestro ordenamiento regulaciones autonómicas dispares claramente contrarias al principio de unidad de mercado. La noción de empresario integra el concepto de legislación mercantil ex artículo 149.1.6.º CE. De ahí que halla de ser única para todo el territorio nacional*».

²⁴⁹ En esta misma línea, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 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, pp. 157 y 158, expone que «*las Comunidades Autónomas... no tienen competencias en materia de regulación civil de los contratos de alojamiento o de arrendamiento. No pueden regular el contenido de las relaciones inter privados, aunque sí las de carácter administrativo o las de protección de los consumidores (que no sean jurídico*

mos que el criterio de habitualidad que configura el *alquiler turístico* es contrario al orden constitucional, ya que, a través de este, efectivamente, el legislador autonómico configura la condición jurídica de profesional²⁵⁰ o empresario de un sujeto²⁵¹, una materia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.6 CE*, y sobrepasa las competencias atribuidas *ex art. 148 CE*. Sobre este asunto, ya dictaminó el Pleno del TC²⁵² 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 CC.AA. «*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*»²⁵³. En lo que concierne a nuestra doctrina, Carrasco Perera y Cordero Lobato²⁵⁴, señalan que

privadas). Si lo que pretendía la Ley 4/2013 era que las Comunidades Autónomas pudieran regular el contenido jurídico privado de los contratos de alojamiento o de arrendamiento, permitiéndoles, por ejemplo, prohibir ciertas modalidades contractuales, debería haberlo hecho mediante una disposición con rango de Ley Orgánica, que no es el caso. Al no ser así, es inconstitucional la normativa sectorial autonómica que prohíba o limite la cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso específico, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa».

²⁵⁰ A título de ejemplo, el artículo 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*.

²⁵¹ Sobre este asunto, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2009, *RDP*, p. 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*».

²⁵² Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 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.

²⁵³ FJ. 6 B).

²⁵⁴ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, *DPC*, 1995, p. 32.

la línea interpretativa del TC estipula que las normas relativas a la determinación de la capacidad del empresario es una materia de competencia estatal en base al artículo 149.1.6 CE, en el mismo sentido que Parra Lucán²⁵⁵, 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 que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y estas»*. Ragel Sánchez²⁵⁶, 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, quien, en un sentido análogo, asevera (aunque en base al artículo 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»*²⁵⁷. Durbán Martí²⁵⁸ concluye que *«solo 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 2012²⁵⁹, donde el Pleno del TC establece

²⁵⁵ PARRA LUCÁN, RJN, 1987, p. 151.

²⁵⁶ RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 349.

²⁵⁷ DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 35.

²⁵⁸ DURBÁN MARTÍ, DPC, 2016, pp. 287.

²⁵⁹ Dispone el TC (Pleno) que *«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 for-*

en su FJ 4 que «*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 el legislador autonómico, *ex* artículo 148.1.8 y 51 CE, 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, además, 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. En este sentido, consideramos que el legislador autonómico no tiene la potestad legislativa para delimitar el instrumento jurídico a partir del cual se fijan, además de imponerse la obligatoriedad de los distintos servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter jurídico-público o administrativo, las condiciones que determinan el estatuto jurídico de las partes que desarrollan estos contratos. En base al criterio de habitualidad delimitado por las CC.AA., y no en base a la existencia de eventuales servicios adicionales al alojamiento, creemos que el legislador autonómico establece los parámetros a partir de los cuales los sujetos que celebren una determinada cesión temporal del uso de una vivienda verán modificada su condición jurídica de particulares-no profesionales (en los *arrendamientos vacacionales*), en profesionales o empresarios y consumidores y usuarios (en los *alquileres turísticos*), legislando, así, sobre una materia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.6 y 13 CE, sobre la que, además, hasta el momento, no se ha producido ninguna delegación expresa a las CC.AA. a través de una LO, sino tan solo un guiño» a esta posibilidad a través del apartado e), artículo 5 LAU.

Por todo ello, partiendo de la premisa expuesta hasta este punto, en base a la cual consideramos que el criterio de habitualidad, delimitado en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que fija el momento en el que se produce la expresa exclusión de un *arrendamiento vacacio-*

mulada 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».

nal de la LAU ex artículo 5 e) y se origina, en su lugar, un *alquiler turístico*, caracterizado por la condición jurídica de las partes como profesionales y consumidores y usuarios y el ofrecimiento de una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter jurídico-público o administrativo, a continuación, en base a lo anterior, trataremos de ofrecer al legislador una propuesta de solución a la incertidumbre jurídica que se ha instalado en torno a la figura de los nuevos *alquileres turísticos*.

3.2 UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN

Con la exclusión del artículo 5 e) LAU se vislumbra la intención política del legislador estatal de ceder al autonómico la responsabilidad de controlar y hacer frente al auge de este tipo de cesiones de viviendas. Sin embargo, y como así hemos expuesto anteriormente, esta solución no es, en nuestra opinión, jurídicamente la más acertada ni la más equánime con los intereses en juego. En este sentido, y para resolver una de las prioridades del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo que 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»²⁶⁰, creemos que es necesaria la reconfiguración del criterio de habitualidad delimitado por las diferentes CC.AA.²⁶¹.

En este contexto, proponemos la reconfiguración de este criterio a partir de su delimitación por parte del legislador estatal (3.2.1), cuyo límite se fije en base a las recomendaciones emanadas de la

²⁶⁰ Información recuperada de PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 21.

²⁶¹ En esta misma línea parece situarse la ACCO (Autoridad Catalana de Competencia), que, tomando como referencia países de nuestro entorno como Francia y Reino Unido, pues, según expone RODRÍGUEZ FONT, 2018, pp. 307 y 308, «apuesta por la desregulación de la prestación de este tipo de servicios en materia de turismo: por la no sumisión, ni tanto sólo, a declaración responsable, sin perjuicio de las obligaciones de carácter tributario, entre otras, de las que los particulares tengan que responder. Y para los sujetos que ejerzan esta actividad de manera reiterada, invita a fijar una regulación de mínimos que, a su parecer, tampoco es la que han previsto los sucesivos proyectos de reglamento», mostrándose «siempre favorable a una regulación laxa de las obligaciones de las VUT, pero a la vez capaz de distinguir entre los sujetos que participan con continuidad en este tipo de actividades (los profesionales u operadores económicos) y los que lo hacen de forma ocasional, siendo partidaria, en este último supuesto, de la no sumisión a título habilitante alguno». Por otro lado, la Comisión Europea, 2016a, p. 8, 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 que es necesario establecer umbrales dentro de los cuales determinadas actividades entre pares no se consideren profesionales.

Unión Europea (3.2.2), que sea controlado y vigilado mediante Registros específicos que velen por su correcto cumplimiento (3.2.3). De este modo, entendemos que 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 períodos cortos de tiempo–, a los cuales no les son de aplicación ni el Derecho de consumo ni los Decretos autonómicos; y de los alquileres turísticos, por el otro, gestionados por empresarios o profesionales y sometidos a las normativas de consumo y a las autonómicas de turismo²⁶².

3.2.1 Un criterio de habitualidad homogéneo

Como establece la CNMC²⁶³ en el Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España de 2018, en su primera recomendación, 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 CC.AA. regula esta materia no ayuda a resolver el problema, sino mas bien lo contrario.

Por ello, creemos que la determinación del criterio de habitualidad, por parte del legislador español –en base a las recomendaciones realizadas por la UE–, en lugar del legislador autonómico, es una medida que ayudaría a solventar y a resolver este escenario de inseguridad jurídica y de *caos normativo*²⁶⁴ en que se encuentra la regulación de los alquileres turísticos, un escenario provocado por la *«dejaición» regulatoria del Estado*²⁶⁵. En esta línea, creemos que

²⁶² DESDENTADO DAROCA, 2019a, p. 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»*.

²⁶³ CNMC, 19 de julio de 2018, p. 64.

²⁶⁴ OTERO COBOS, 2019, p. 358.

²⁶⁵ DESDENTADO DAROCA, 2018b, pp. 15 y 16, habla de *«“dejaición” regulatoria del Estado –la ausencia de determinación del criterio de diferenciación entre arrendamientos de temporada y alojamientos turísticos– sobre la cuestión mediante el simple expediente*

es necesario que se modifique el polémico apartado e) del artículo 5 LAU, incluyéndose en el mismo el criterio de habitualidad o a la condición de profesional fijada previamente por el Estado, a partir del cual, exactamente, dictamine en qué circunstancias se va a producir la exclusión efectiva del arrendamiento vacacional y tendrá lugar el alquiler turístico, homogeneizándolo²⁶⁶ en el territorio nacional, aportando una importante estabilidad y seguridad jurídica²⁶⁷. 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.

Desde nuestro punto de vista, el nuevo criterio de habitualidad debería ser dictado por el legislador estatal²⁶⁸ (*ex art.* 149.1.6 CE), inspirado en las recomendaciones de la Unión Europea²⁶⁹ que, a diferencia de la configuración autonómica actual, favorecería un ámbito de actuación a los particulares que les permita desarrollar las actividades de alojamiento de forma esporádica y no profesional, sin tener que por ello soportar cargas administrativas y barreras legales²⁷⁰ propias de profesionales, más allá, por supuesto, de sus correspondientes obligaciones fiscales²⁷¹. En este sentido, ante la inclusión del apartado e) al artículo 5 LAU, advertía González Fernández²⁷² 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

de remitir el tema a las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos resulta, por tanto, discutible y criticable, pues plantea problemas de orden competencial y también de inseguridad jurídica, heterogeneidad y desigualdad regulatoria que termina afectando a las facultades de disposición de los propietarios sobre sus bienes, sin que esa quiebra de la igualdad tenga justificación alguna».

²⁶⁶ Sobre este aspecto, PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 20, apuntan que *«Es previsible que el Estado establezca próximamente alguna regulación homogénea, pero hasta que lo haga, la normativa principal a tener en cuenta es la autonómica».*

²⁶⁷ Sobre este aspecto, LÓPEZ BARBA, 2018, p. 271, advierte que existe *«una línea crítica que denuncia cómo en un periodo de cohesión normativa con Europa el Estado español, sin embargo, apueste por la diversidad normativa, precisamente en un sector tan determinante para su economía, permitiendo la contradicción entre diecisiete ordenamientos jurídicos, que obliga a operados de ámbito internacional a adaptar sus estructuras, dentro de un mismo Estado, a cuerpos normativos dispares en atención al territorio, lo que dificulta, por ejemplo, la seguridad para los consumidores y usuarios».*

²⁶⁸ En la misma línea, MAGRO SERVET, 2017a, p. 4, habla de un *«principio de seguridad jurídica y de legalidad basado en que el alquiler vacacional se asiente en una normativa legal ordenada y homogénea en las Comunidades Autónomas, aunque quizás sería adecuada una ordenación legal a nivel nacional».*

²⁶⁹ Comisión Europea, 2016a, pp. 10 y 11.

²⁷⁰ Coincidimos con OTERO COBOS, 2019, p. 359, en que *«urge una regulación uniforme más eficiente y que respete la autonomía de la voluntad en la contratación».*

²⁷¹ En nuestro mismo sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 92.

²⁷² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 170.

lamentamos Otero Cobos²⁷³ 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 cuando indica que *«esa Ley debe ser una Ley estatal, porque en virtud de la distribución constitucional de competencias (artículo 149. 1. 6 y 8 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 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)»*²⁷⁴.

En definitiva, partimos de la base de que corresponde al Estado establecer el criterio de la habitualidad para homogeneizarlo en todo el territorio nacional²⁷⁵, el cual debe ser fijado teniendo en cuenta los umbrales que veremos a continuación –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, defina cuál debe ser el contenido y alcance de la intervención pública en esta actividad económica, y se fijen unas pautas o criterios mínimos de intervención y de intensidad en su aplicación»*²⁷⁶, un proceso que, al mismo tiempo, debe implantarse igualmente a nivel europeo, delimitando un mismo requisito de habitualidad común para toda Europa.

3.2.2 Un criterio de habitualidad en línea con Europa

La relevancia del criterio de habitualidad ha alcanzado su máxima repercusión con el auge del nuevo paradigma socioeconómico que nosotros conceptualizamos bajo el término de economía circu-

²⁷³ OTERO COBOS, 2019, pp. 339 y 355.

²⁷⁴ Extracto recuperado de LÓPEZ BARBA, 2018, p. 270.

²⁷⁵ Comparten esta idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que *«esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad»*. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que *«la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable»*.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.182.

lar 2.0²⁷⁷, es decir, la (mal llamada) economía colaborativa, un fenómeno a partir del cual aumenta exponencialmente el número de alojamientos realizados entre particulares que, como hemos expuesto anteriormente, incrementa, haciendo menos claros los límites establecidos entre la prestación profesional y la no profesional de servicios²⁷⁸. Esta situación puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local, aumentando el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público.

En este contexto, la Unión Europea ha abordado jurídicamente la cuestión en diversas ocasiones²⁷⁹, aunque, con especial interés, en la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*²⁸⁰, donde, entre otras medidas, recomienda a los diferentes Estados la adopción de un criterio de habitualidad que tenga en consideración tres factores para determinar el criterio de habitualidad: una finalidad lucrativa (3.2.2.1), la frecuencia de la actividad económica (del alojamiento) (3.2.2.2) y el volumen de negocio (3.2.2.3).

En este sentido, creemos que la modificación del criterio de habitualidad en España debe tener en cuenta estos tres factores.

3.2.2.1 LA FINALIDAD LUCRATIVA

Respecto a la *finalidad lucrativa*, como expusimos anteriormente, es un parámetro que, en principio, pudiera parecer que no representa ninguna complicación jurídica al configurarse normalmente en contraposición a la gratuita. Sin embargo, la situación difiere cuando se trata de definir qué se entiende por ánimo de lucro.

En el sector económico del alojamiento, la doctrina mayoritaria entiende que el ánimo de lucro se relaciona con la obtención de una

²⁷⁷ Economía circular 2.0 es un concepto propio y original que propusimos por primera vez en la «*Jornada internacional del consumo colaborativo: el nuevo desafío del mercado de la economía digital*», en la Universidad de Barcelona el 20 de octubre de 2017, con la comunicación «Consumo colaborativo, economía colaborativa, o economía circular 2.0?», recogida en la Crónica sobre la jornada internacional publicada en la *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 18, 2018, p. 214, una propuesta que hemos enriquecido y ampliado posteriormente en BOTELLO HERMOSA, 2019a, pp. 21-41.

²⁷⁸ En esta línea, dispone ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 56, que *las viviendas destinadas a uso turístico deben ser objeto de control y regulación legal (...) el problema está en determinar en qué medida debe realizarse esta regulación*.

²⁷⁹ A título de ejemplo, podemos citar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (21 y 22 de enero de 2014), sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).

²⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, 2016a.

cantidad de dinero –como una obligación pecuniaria–, de forma que se equipara ánimo de lucro con la obtención de una cierta cantidad dineraria, con una obligación o un crédito pecuniario, excluyéndose de esta noción las obligaciones no pecuniarias como trueques o intercambios de casas, que, contrariamente a nuestro parecer, se entienden realizadas sin ánimo de lucro²⁸¹. No obstante, desde nuestro punto de vista, su significado es más amplio. Así, pensamos que el ánimo de lucro debe ser sinónimo de intercambio económico, de onerosidad, tanto pecuniaria como no pecuniaria, por lo que no estamos de acuerdo con la concepción actual de ánimo de lucro ofrecida por la doctrina que admite que tanto los trueques como las actividades económicas que se desarrollan en los Bancos de tiempo, entre otros, se conciben sin ánimo de lucro y, por lo tanto, se consideran colaborativas.

En efecto, opinamos que la finalidad lucrativa –entendida como ánimo de lucro–, es la intención de llevar a cabo un intercambio económico, de modo que, siguiendo lo dispuesto por la Real Academia Española²⁸², donde se define el *intercambio* como *la acción*

²⁸¹ Entre otros OTERO COBOS, 2019, p. 342, dispone, sobre los Alquileres turísticos, que «*junto al requisito de comercialización nos encontramos con el necesario carácter lucrativo de la actividad. La cesión de la vivienda debe realizarse a cambio de un precio, de forma que el alquiler gratuito no formaría parte del ámbito de aplicación de la norma que estudiamos, ni, por supuesto, el intercambio o permuta de la vivienda*». Igualmente, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p. 170, en la nota a pie de página n.º 13, estima que «*no todos los alojamientos que se ofertan en tales plataformas digitales como “turismo colaborativo” pueden incluirse, verdaderamente, bajo dicho paraguas. Así, consideramos que sí lo son aquellas actividades y servicios que se basan en el intercambio o la cooperación y que carecen de ánimo de lucro (tal es el caso, por ejemplo, de Blablacar o Couchsurfing o el HomeExchange); y, en el caso de las VFT, también lo es, a nuestro juicio, el alquiler de viviendas infrautilizadas (residencia habitual o segundas residencias) en las que el propietario –o, en su caso, el arrendatario– reside habitualmente en ellas, o por temporadas, y que únicamente se destinan al alojamiento de turistas ocasionalmente, en todo o en parte, y de forma no profesionalizada, aunque se reciba una remuneración por todo ello, siempre que solo se pretenda lograr un ingreso extra, como complemento del sueldo, y cumpliendo, en todo caso, sus obligaciones fiscales del IRPF*». DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, pp. 32 y 33, considera que «*el núcleo común [de la economía colaborativa] (...) Se trata, en definitiva, de formas de compartir que tienen en común la inexistencia de ánimo de lucro (...). La única diferencia existente entre la novedosa economía colaborativa y los trueques e intercambios que se han hecho toda la vida en nuestras sociedades es la forma de acceder a ellos, puesto que en la actualidad se hace a través de las nuevas tecnologías, lo que permite un consumo mucho más eficiente y un mayor conocimiento de la oferta disponible*».

²⁸² <https://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>, en donde se define el término intercambio como la «*Acción o efecto de intercambiar*», e intercambiar como «*Hacer cambio recíproco de una cosa o persona por otra u otras*». Así, se podría considerar el intercambio como el cambio recíproco de una cosa. En esta línea, Cambio se define como «*Dejar una cosa o situación para tomar otra*», o también «*Dar o tomar algo por otra cosa que se considera del mismo valor o análogo*»; Recíproco se define como «*Igual en la correspondencia de uno a otro*», definiendo la acción de corresponder en relación a las cosas como «*Dicho de una cosa: Tener proporción con otra*»; y, finalmente, Cosa se define como «*Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta, o virtual*» o también como un «*Asunto, tema o negocio*», es decir, en relación con todo lo visto, un «*bien o servicio*».

de dejar, dar o tomar un bien o servicio a cambio de otro cuyo valor sea igual, proporcional o análogo», el concepto de intercambio se equipara a la noción de *ánimo de lucro*²⁸³, concebido como la finalidad –*animus*²⁸⁴– de obtener un provecho, ganancia, utilidad, en definitiva un *lucro*²⁸⁵, el cual se obtiene, precisamente, mediante un determinado intercambio económico.

De esta forma, pensamos que se realizan con ánimo de lucro los trueques o las actividades que se realizan a través de los Bancos de tiempo, ya que, pese a que puedan potenciar valores sociales y humanos», la realidad es que, desde un punto de vista jurídico, las partes obtienen siempre una ganancia, un provecho, una utilidad, un beneficio o un rendimiento que se obtiene mediante la entrega y obtención de una cosa²⁸⁶. Así, creemos que todas las actividades donde se produzca un intercambio económico no pecuniario no deben ser consideradas sin ánimo de lucro ya que, en todas ellas, se produce un sacrificio patrimonial por ambos contratantes que no es necesariamente dinerario.

Por todo ello, en aras de configurar el requisito de habitualidad, somos partidarios de que el legislador estatal debería clarificar si el factor de la *finalidad lucrativa* acepta o no la posibilidad de prestaciones no pecuniarias. De esta forma, debería precisarse si,

²⁸³ Diccionario Trivium. Derecho y economía. (1998). Ed. Trivium, 1.º ed. Madrid. *Ánimo de lucro: Obrar con el deseo de obtener un beneficio*. Por otro lado, dispone el diccionario jurídico ESPASA (Diccionario Espasa Jurídico (2001). Ed. Espasa, Madrid), que «la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lo entienden en sentido amplio, como *animus lucrificandi gratia es decir; considerándolo como “propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja”*», en la misma línea que lo que se expone en WOLTERS KLUWER (http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?para_ms=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE), para quienes «jurídicamente sería la intención, voluntad interna, ánimo de un sujeto de derecho, considerado como requisito indispensable para la validez de ciertos actos o negocios jurídicos. (...) En sentido lato el ánimo de lucro sería la intención de una persona de incrementar su patrimonio u obtener cualquier otro provecho mediante un acto jurídico lícito o ilícito». Además, BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP, 1975, p. 369, añade que en conclusión creemos que, en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como “la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”. Por estas razones, consideramos que el intercambio económico –dinerario o no–, debe entenderse como sinónimo de la obtención de *ánimo de lucro*, que, igualmente, podrá ser de carácter pecuniario o no, representando ambas nociones la principal diferencia entre las dos dimensiones que componen el concepto de la *economía* en su acepción como *actividad económica*, es decir, entre el ámbito de la economía colaborativa y el ámbito propio de la economía que se desarrolla en los mercados.

²⁸⁴ Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Animus: intención, voluntad*; GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011: *Animus: intención, voluntad o deseo de hacer algo*.

²⁸⁵ Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Lucro: ganancia o provecho que se obtiene de algo. Lucrativo: que produce utilidad o ganancia*.

²⁸⁶ GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011: *Lucro: Ganancia, provecho, utilidad, beneficio o rendimiento que se obtiene de una cosa*.

efectivamente, para la configuración de la condición jurídica de profesional o empresario, la finalidad lucrativa hace referencia solo a cantidades pecuniarias o no, puesto que, en dicha hipótesis, entonces, pensamos que sería más acertado hablar de *finalidad pecuniaria* que *lucrativa*, ya que esta segunda hace referencia a las obligaciones onerosas que engloban tanto a las pecuniarias como a las no pecuniarias, como el trueque.

3.2.2.2 LA FRECUENCIA DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA (DEL ALOJAMIENTO)

La frecuencia de la actividad económica (o frecuencia del servicio de alojamiento) hace referencia a la cantidad de veces que se cede temporalmente el uso de una vivienda a cambio de un precio, es decir, a la cantidad de veces que se arrienda una vivienda. Es el elemento que el legislador autonómico utiliza para delimitar el restrictivo requisito de habitualidad.

Actualmente, el límite que fija la frecuencia de los servicios en nuestro país viene determinado por las diferentes CC.AA., los cuales, en su mayoría, lo establecen en el primer o segundo día de actividad, o simplemente desde el momento en el que se comercializa una vivienda a través de un canal de oferta turística. Consideramos que se trata de una medida injustificadamente restrictiva si se tiene en cuenta la recomendación que hace la UE al respecto, que habla de noventa días al año²⁸⁷, un límite que, por otro lado, se sitúa en la línea de los sesenta días que recomienda el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa catalana²⁸⁸, o, también, como así indica en el estudio elaborado por la CNMC²⁸⁹, entre otras ciudades, en Berlín, que, desde mayo de 2018, se permite de nuevo el arrendamiento de corta duración sin limitaciones para propietarios que arrienden su vivienda principal con una limitación temporal de noventa días al año para segunda vivienda (como así preveía la antigua normativa de la Comunidad de Madrid), al igual que en Londres, donde la nueva Ley permite que cualquier residencia, ya sea habitual o secundaria, pueda ser cedida hasta noventa días al año sin necesidad de autorización, y en menor

²⁸⁷ Comisión Europea, 2016a, p. 6.

²⁸⁸ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 14, en el que se propone que se valore la posibilidad de prever un umbral combinado que delimite lo que es profesional o esporádico, a los efectos de facilitar el control: uno temporal (por ejemplo, 2 meses de cesión anuales como máximo).

²⁸⁹ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 72 a 79.

medida Ámsterdam, que había fijado el límite en sesenta días, pese a que para 2019 pretendía rebajarlo a treinta, como así estipula, por su parte, Castilla y León, con treinta noches²⁹⁰.

Por ello, pensamos que es necesario que la frecuencia con la que se lleve a cabo la actividad económica del alojamiento, es decir, la cantidad de veces que un arrendador particular alquile su vivienda, entendido como un factor que delimite el criterio de habitualidad, se amplíe siguiendo las recomendaciones de la UE y los propios grupos de trabajo internos. De este modo, se conseguiría fijar el espacio de lo esporádico, de lo no habitual y no profesional, un entorno jurídico en el que los particulares podrán actuar en el mercado como tales, sin necesidad de cumplir con los requisitos turísticos administrativos ni tener que estar sometidos al ámbito de aplicación del Derecho de consumo. Este nuevo límite, desde nuestro punto de vista, establecería un escenario de convivencia en el que tendrían cabida todos los actores que participan en el sector del alojamiento, es decir, tanto los particulares que ofrecen sus viviendas de forma esporádica o no habitual, como los profesionales que realizan esta actividad de forma habitual. En este sentido, creemos que sería positivo para los arrendatarios²⁹¹, particulares o consumidores y usuarios, pues, siempre y cuando estas medidas se lleven a cabo con el control administrativo y registral adecuado, verían ampliada la oferta y variedad de posibilidades de alojamientos, pudiendo así contratar tanto como particulares con arrendadores particulares –con sus ventajas e inconvenientes que lleva aparejadas, como sería, a título de ejemplo, el no sometimiento de la relación jurídica al Derecho de consumo–, o, también, como consumidores y usuarios que contratan con los tradicionales profesionales –igualmente con sus ventajas e inconvenientes que lleva aparejadas–, una posibilidad que, evidentemente, debería contar con la colaboración e implicación de las plataformas digitales.

²⁹⁰ En nuestro mismo sentido, RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 319, quien comparte que *«no acierto a comprender (...) por qué no se plantea seriamente el uso de las soluciones ya adoptadas en ciudades como Londres, Ámsterdam o París. Éstas, previa instauración de umbrales temporales y/o económicos que no puedan superarse –y acuerdos de colaboración con las plataformas–, han optado por combinar la no sumisión a intervención administrativa con, en ciertos casos, un régimen fiscal satisfactorio para prosumidores y Administraciones»*. DE CASTRO VÍTORES, 2019, pp. 273 y 274, se muestra favorable con que *«el alquiler quinquenal, al menos ejercido durante dos o tres meses, debiera respetarse como de temporada»*.

²⁹¹ Estima la CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 72 a 79, que, entre una gran variedad de ventajas, *«la entrada de nuevos agentes en el mercado genera efectos pro competitivos derivados del incremento de la cantidad y variedad de la oferta (...), provoca una reducción en el precio medio del mercado (...), incentiva la mejora de la calidad ofertada (...), incrementan la variedad de las opciones de alojamiento turístico disponibles [que] permiten un mejor ajuste a sus necesidades que otros alojamientos turísticos tradicionales (...), aumenta la flexibilidad de la oferta de alojamiento»*.

3.2.2.3 EL NIVEL DE NEGOCIOS

Junto a la finalidad lucrativa y a la frecuencia de los alojamientos, se propone desde la UE que se valore igualmente el nivel de negocios que se obtiene con dicha actividad para configurar el criterio de habitualidad, en el mismo sentido que nuestro Tribunal Supremo²⁹², cuando apunta que *«a la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución»*.

Así, este tercer umbral propuesto por la UE hace referencia al nivel de ingresos que se obtiene de una determinada actividad económica, con la condición de que estos provengan de la misma actividad económica²⁹³ —el alojamiento—. En este sentido, con la finalidad de delimitar lo que es profesional de lo que es esporádico, se propone en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa catalana que se valore un umbral de ingresos de no más de 6000 €²⁹⁴. A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo²⁹⁵ fija en el salario mínimo percibido en un año natural²⁹⁶ el límite *«apto para apreciar el requisito de la habitualidad»*.

²⁹² STS, Sala 4.ª, de lo Social, 20 de Marzo de 2007, FJ 4.

²⁹³ En este sentido, *«cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador»*. Comisión Europea, 2016a, p. 11.

²⁹⁴ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 14, en el que se propone que se valore la posibilidad de prever un umbral combinado que delimite lo que es profesional o esporádico, a los efectos de facilitar el control: uno temporal (p. ex., 2 meses de cesión anuales como máximo).

²⁹⁵ STS, Sala 4.ª, de lo Social, 20 de marzo de 2007 FJ 4.

²⁹⁶ Sentencia de TS, sala 4.ª, de lo social, 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»*.

En este sentido, al igual que lo expuesto sobre la frecuencia de los servicios, debería fijarse, un límite mínimo de ingresos económicos a partir de los cuales pudiera cuestionarse la condición de profesional o empresario de los arrendadores, y esto en conjunto con el resto de los factores. De este modo, se evitaría la calificación directa de los particulares como profesionales o empresarios por el simple hecho de realizar una acción determinada, es decir, por el hecho de alquilar una vivienda, durante un periodo corto de tiempo, a través de una plataforma digital.

Desde nuestro punto de vista, nuestro legislador debería tener en cuenta estos límites para fijar, finalmente, el criterio de habitualidad, en conjunto con los anteriores de la frecuencia con la que se lleven a cabo los arrendamientos con ánimo de lucro.

3.3 UN REGISTRO DE ALQUILERES TURÍSTICOS

La configuración del criterio de habitualidad por parte del Estado en base a la recomendación europea presenta, como exponía el Tribunal Supremo, unas *dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad*, que, desde nuestro punto de vista, pueden verse solucionadas con la creación de Registros específicos de turismo y la obligatoria colaboración con estos de las plataformas digitales²⁹⁷.

En efecto, en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa de Cataluña²⁹⁸, se propone la creación de un *nuevo Registro, independiente del Registro de Turismo (...)*, [una]

²⁹⁷ En este sentido, se expone en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 15, que «*estos umbrales y su control, en el caso de las cesiones esporádicas, proponen que se haga por vía denuncia de los vecinos, control de ingresos vía la información que faciliten las plataformas y control de titulares vía Registro de Turismo*».

²⁹⁸ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, pp. 16 y 17, http://economia.gencat.cat/web/.content/70_economia_catalana/arxius/economia-collaborativa/conclusiones-gt-turismo.pdf, en donde se propone la creación de un *nuevo Registro, independiente del Registro de Turismo de Cataluña*, [una] *herramienta administrativa para tener información respecto de los domicilios habituales que llevan a cabo la actividad de compartir la vivienda Generalitat de Catalunya Departament d'Empresa i Coneixement Direcció General de Turisme*». Se añade que sea un Registro automatizado, en la que la presentación de la DR se haga vía telemática mediante el portal Canal Empresa. Además, se insta a que halla «*colaboración con las plataformas: hacer posible que, a partir del registro del anuncio en una plataforma, esta pueda tramitar la DR del interesado a la Administración*», de modo que éstas puedan *facilitar esta información a los entes locales respectivos para que tengan conocimiento*». En definitiva, se propone la creación de un *Registro competencia de vivienda*».

herramienta administrativa para tener información respecto de los domicilios habituales que llevan a cabo la actividad de compartir la vivienda». Se añade que sea un Registro automatizado, en la que la presentación de la DR se haga vía telemática mediante el portal Canal Empresa, instándose, además, a que halla *colaboración con las plataformas: hacer posible que, a partir del registro del anuncio en una plataforma, esta pueda tramitar la DR del interesado a la Administración*», de modo que éstas puedan *facilitar esta información a los entes locales respectivos para que tengan conocimiento*». En definitiva, se propone la creación de un *Registro competencia de vivienda*», un Registro conectado al resto de Registros públicos, con toda la información administrativa y fiscal actualizada y controlada –especialmente la relacionada con los umbrales anteriormente mencionados–, que permita, en tiempo real, determinar la condición jurídica de los sujetos que realicen este tipo de relaciones jurídico-privadas²⁹⁹. En este sentido, comenta Rodríguez Font³⁰⁰ que *«el acceso a la información, a efectos de poder llevar a cabo todo tipo de controles públicos puede organizarse, por ejemplo, vía acuerdos de colaboración Administración-plataformas digitales; que en materia tributaria son ya una realidad en otros países. A partir de aquí, y en virtud de las relaciones de cooperación y colaboración interadministrativa, podría liberarse de cargas a los oferentes esporádicos. Podría prescindirse de la intervención administrativa directa, previa determinación de una adecuada combinación de umbrales*». De esta forma, cuando un particular trate de ceder temporalmente el uso de su vivienda, en función de la información reunida por la administración, la plataforma debería detectar automáticamente si se trata de un particular o de un profesional, y, en función a estos elementos, comunicar imperativamente de las consecuencias al arrendatario³⁰¹ para que pueda tomar una decisión con fundamento. Justamente, en el supuesto de que la plataforma tuviera actualizados los datos relativos a la habitualidad de la actividad del alojamiento, se podría advertir al arrendador sobre del momento exacto en el que su condición jurídica se

²⁹⁹ PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 21, destacan que, entre las ideas que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo propuso *«estaba la creación de un «registro único» de pisos turísticos con los datos aportados por las CC.AA. para ofrecer una imagen real del número de viviendas así comercializadas, ayudar a mejorar su calidad así como poder evaluar su impacto en el turismo*».

³⁰⁰ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 320.

³⁰¹ En esta misma línea, MARTÍN MORAL, 2017, p. 201, considera que *«es conveniente que el usuario pueda conocer si se encuentra ante un prestador de servicios profesional o particular y si, en consecuencia, le es aplicable o no el Derecho de consumo. A tal fin, debería revisarse el «deber de información» de la plataforma colaborativa, obligándola a indicar si el prestador de servicios actúa en calidad de empresario o conminar a éste a ofrecer tal información a través de la plataforma*».

transformaría en la de profesional –por reunir los requisitos de la habitualidad–, de modo que, a partir de ahí, sería decisión suya seguir ejerciendo la actividad de arrendamiento como un profesional –obligado a ofrecer los diferentes servicios complementarios al arrendatario–, o, en caso contrario, cesar la actividad hasta el año siguiente. Además, desde la perspectiva del arrendatario, esta medida tendría igualmente ventajas porque, al igual que el arrendador, estaría totalmente informado de las condiciones y consecuencias legales del servicio a contratar. Así, en base a estos elementos, el arrendatario sabría de antemano si gozaría de la consideración de turista –con todas las ventajas que ello comporta, especialmente la protección de la normativa de consumo–, o simplemente la consideración de un arrendatario particular que, al contratar con otro particular, no goza del anterior derecho tuitivo –sin que por ello deba, sin embargo, desprenderse que ambos particulares quedan desprotegidos³⁰², ya que las propias plataformas cuentan con sistemas de reputación y de confianza que sirven de protección–.

Por todo ello, consideramos que el Estado debe garantizar la existencia de las dos modalidades de alojamiento³⁰³; los arrendamientos vacacionales (particular-particular) y los alquileres turísticos (consumidores y usuarios y profesionales), permitiéndose que, de forma informada, controlada y con un mínimo de garantías y de seguridad, la elección final entre estas dos opciones pueda ser

³⁰² En sentido contrario, parece posicionarse MARTÍN MORAL, 2017, p. 201, cuando concluye que «*con independencia de que el prestador de servicios sea o no profesional, siempre ha de garantizarse al consumidor una protección efectiva y elevada. Las tradicionales normas de Derecho de consumo no son aplicables a las relaciones entre prestador de servicios particular y consumidor, si bien, debería procurarse a los consumidores una tutela cercana a la de aquellos que actúan con empresarios*».

³⁰³ En esta línea parece avanzar la Comisión Europea en su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [Bruselas, 11.4.2018 COM(2018) 185 final 2018/0090 (COD) (Texto pertinente a efectos del EEE) {SWD(2018) 96} - {SWD(2018) 98}], Artículo 2 – Modificaciones de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, en él se añade un nuevo artículo 6 bis en la Directiva 2011/83/UE que establece requisitos de información precontractual adicionales para los contratos celebrados en mercados en línea, a saber: 1) la descripción de los principales parámetros que determinan la clasificación de las distintas ofertas, 2) si el tercero que ofrece el producto es o no comerciante, 3) si los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la UE en materia de protección de los consumidores se aplican al contrato y 4) en caso de que el contrato se celebre con un comerciante, qué comerciante es responsable de garantizar los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la UE en materia de protección de los consumidores en lo que respecta al contrato <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=ES>

tomada por las partes³⁰⁴, y no impuesta por las CC.AA., como sucede actualmente a través de un criterio de habitualidad injustificadamente restrictivo que excluye los arrendamientos vacacionales³⁰⁵. En definitiva, corresponde al Estado establecer el criterio de la habitualidad, el cual debiera ser delimitado conforme a los umbrales expuestos anteriormente –ánimo de lucro, frecuencia del servicio y nivel de negocio–, homogeneizándolo en todo el territorio nacional³⁰⁶, resolviendo con ello la «*necesidad de aprobar una normativa general, en la que, tras escuchar a todos los sectores afectados, defina cuál debe ser el contenido y alcance de la intervención pública en esta actividad económica, y se fijen unas pautas o criterios mínimos de intervención y de intensidad en su aplicación*»³⁰⁷, ofreciéndose con ello una solución consensuada al conflicto que mantiene enfrentados a los lobbies hoteleros y las asociaciones de particulares³⁰⁸, un proceso que, por otro lado, entendemos que debiera implantarse igualmente a nivel europeo a través de un mismo requisito de habitualidad. En este sentido, al igual que se habla de *consumidores europeos*³⁰⁹, creemos

³⁰⁴ En esta línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 162, expone que «*así como es cierto que en algunos casos el destino turístico puede verse perjudicado por la masificación y el crecimiento de una demanda que no pueda absorber en condiciones óptimas, el turista que opta por este tipo de alojamientos privados tiene información previa sobre lo que puede encontrar en su destino. (...) En definitiva, el usuario sabe a lo que viene por lo que, si está dispuesto a adquirir el servicio, no tiene por qué afirmarse a priori detrimento alguno de sus derechos. Cuestión distinta es que deba asegurarse el correcto funcionamiento de esos mecanismos de valoración*».

³⁰⁵ A este respecto, recomienda DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 37, que «*conviene, por otra parte, huir de paternalismos regulatorios, especialmente porque se trata de un nuevo tipo de alojamiento que los usuarios valoran muy positivamente, sin que existan razones por las que las Administraciones públicas deban proceder a proteger al particular de sí mismo en la realización de elecciones. Los sistemas de autorregulación y autoevaluación que ofrecen los marketplaces eliminan hoy de forma suficientemente eficiente las asimetrías de información, sin que se advierta que la regulación administrativa realmente ofrezca un valor adicional de interés. En ocasiones, las regulaciones de servicios o requisitos mínimos resultan controvertidas, incluso pintorescas, y son perfectamente prescindibles a la luz de la información de la que pueden disponer los particulares a través de las webs p2p*».

³⁰⁶ Comparten la idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que «*esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad*». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que *la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable*».

³⁰⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.182.

³⁰⁸ En estos términos, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 56, concluye que «*existen intereses encontrados, sobre todo económicos, entre el sector hotelero, partidario de regular exhaustivamente este tipo de actividad, a los efectos de evitar la competencia, frente a los de los particulares, que defienden sobre la base de la libertad de mercado la no regulación o el control mínimo*».

³⁰⁹ DÍAZ ALABART, 2017, p. 138.

que, en base al efectivo funcionamiento del mercado interior europeo, habría que hacerlo también de empresarios o profesionales europeos, mediante la fijación de un criterio de habitualidad igualmente europeo.

4. CONCLUSIONES

Con la finalidad de proponer al legislador estatal las consideraciones que, en nuestra opinión, han de tenerse en cuenta para poder solucionar la problemática jurídica que se deriva de la introducción del apartado e) en el artículo 5 LAU, como es la identificación del momento exacto en el que se entiende que se produce la exclusión expresa, del ámbito de aplicación de la LAU *ex* artículo 5 e), de una *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*, tradicionalmente calificada como un *arrendamiento vacacional*, y, a partir de dicha exclusión, se entiende que tiene lugar la nueva figura del *alquiler turístico*, ofrecemos las siguientes conclusiones:

I. La figura *del alquiler turístico* es el resultado de la exclusión expresa de *los arrendamientos vacacionales* de la LAU *ex* artículo 5 e), y representa una figura jurídica que se configura en los diferentes Decretos autonómicos específicos sobre viviendas de uso turístico.

II. Las principales diferencias entre *los alquileres turísticos* y *los arrendamientos vacacionales* se observan teniendo en cuenta el estatuto jurídico híbrido del contrato. De este modo, en primer lugar, desde el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, la diferencia que encontramos entre ambas figuras es que, mientras *el arrendamiento vacacional* queda sometido al ámbito de aplicación de la LAU, *el alquiler turístico* ha sido expresamente excluido [*ex* artículo 5 e) LAU] de la LAU, con los importantes efectos jurídicos que ello implica para el contrato (fijación de la fianza, el subarrendamiento o la adquisición preferente). Y, en segundo lugar, desde el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, se observan las que son, en nuestra opinión, las principales diferencias entre *el arrendamiento vacacional* y *el alquiler turístico*: 1) la condición jurídica de las partes que intervienen en el contrato,

puesto que, mientras en *los arrendamientos vacacionales* son particulares-no profesionales, en *el alquiler turístico* adquieren la condición de profesionales/empresarios y consumidores y usuarios; y, en base a esta circunstancia, tiene lugar 2) la obligatoriedad de ofrecer una serie de *requisitos turísticos o accesorios* al alojamiento, dos características cuya aplicabilidad queda subordinada a una tercera, la esencial, como es la 3) habitualidad en el ejercicio de la actividad de alojamiento, razón por la cual se entiende una actividad turística y, consecuentemente, el *originario arrendamiento vacacional* se modifica en *alquiler turístico*.

III. En el caso del contrato de hospedaje, las principales diferencias con respecto *al alquiler turístico*, al contrario de lo que sucedía con respecto *a los arrendamientos vacacionales*, se observan en el plano jurídico-privado o civil del contrato. En este sentido, pese a que ambas figuras presentan en común diversos elementos propios de la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato, y que son, concretamente, los mismos que delimitan la figura *del alquiler turístico* con respecto *al arrendamiento vacacional* (como son la condición jurídica de empresarios o profesionales de los cedentes de la vivienda, y de consumidores y usuarios de los huéspedes, debido a la habitualidad con la que se realiza la actividad de alojamiento, y los eventuales *servicios turísticos o accesorios* al alojamiento impuestos por las CC.AA. derivados de lo anterior), sin embargo, ambas figuras presentan una importante diferencia en el plano jurídico-privado o civil que, en nuestra opinión, hacen que no sean equiparables: la presencia de *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento en el hospedaje, y no en *el alquiler turístico*. En nuestra opinión, la figura *del alquiler turístico*, al proceder de la exclusión *de un arrendamiento vacacional* de la LAU, en origen, carece de los servicios adicionales al alojamiento que caracterizan la esencia de los arrendamientos complejos (como el contrato de hospedaje), es decir, de *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento, de carácter privado o civil, los cuales, por otro lado, al tratarse de una competencia exclusiva del *Estado* ex artículo 149.1.8 CE, tampoco pueden ser equiparados a los servicios *puramente turísticos o accesorios* al alojamiento impuestos por las CC.AA. a través de los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso *turístico* ex artículo 148.1.18 y 51 CE. Por todo ello, pensamos que son dos figuras jurídicas diferenciadas, precisamente, por los *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento que caracterizan los hospedajes y que no se encuentran en los *alquileres turísticos*.

IV. En base a lo anterior, la configuración jurídica del *alquiler turístico* la situamos entre un *arrendamiento vacacional* –un arrendamiento urbano simple–, en lo concerniente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, y un contrato de hospedaje –un arrendamiento urbano complejo–, en lo relativo, en este caso, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato. En este sentido, mientras que, por un lado, en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* se asemejan en el hecho de que, en ambas figuras, no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (el elemento esencial que configura el contrato de hospedaje), siendo esta, precisamente, la principal razón por la que, a su vez, diferenciamos ambas figuras del contrato de hospedaje, por otro lado, sin embargo, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, la diferencia se observará, en este caso, entre el *arrendamiento vacacional*, por un lado, y el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje, por el otro. Así, la diferencia entre estas figuras se concreta en la condición jurídica del prestador del servicio, ya que, mientras en el *arrendamiento vacacional* el arrendador es un particular-no profesional, en el *alquiler turístico* y en el contrato de hospedaje el cedente de la vivienda es un profesional o empresario, una condición jurídica, esta, que justificará, posteriormente, el segundo elemento que diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, la imposición de los distintos servicios de carácter *turístico o accesorio* al alojamiento, orientados a garantizar el confort y la calidad mínima del servicio de alojamiento, dos características esenciales del *alquiler turístico* que, como ya hemos expuesto, entendemos que se originan a partir del criterio de habitualidad.

V. El criterio de habitualidad, delimitado en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que responde a la problemática planteada en este artículo, extraída a partir del apartado e), del artículo 5 LAU, que establece el límite jurídico entre las figuras del *arrendamiento vacacional* y del *alquiler turístico*. Efectivamente, mediante el criterio de habitualidad, fijado por las CC.AA. en base a un número concreto de veces que se produce el servicio de alojamiento, además de producirse la exclusión expresa de la LAU del *arrendamiento vacacional* y el consiguiente inicio del *alquiler turístico*, el legislador autonómico delimita la frecuencia a partir de la cual debe considerarse que una determinada actividad económica (un arrendamiento de vivienda), deja de considerarse realizada de forma ocasional o esporádica (como un contrato de arrendamiento vacacional realizado por particulares-no profesionales), y pasa a

ostentar la condición de actividad turística, realizada de forma habitual o profesional y, por ende, desarrollada por profesionales o empresarios turísticos y de consumidores y usuarios (como un contrato de *alquiler turístico*), configurando con ello la condición jurídica de las partes del contrato. Así, mediante este criterio, creemos que el legislador autonómico determina el momento exacto en el que se produce la efectiva exclusión del *arrendamiento vacacional* de la LAU y se origina un *alquiler turístico*, y determina la configuración jurídica de las partes que los desarrollan (profesionales o empresarios turísticos, y turistas/consumidores y usuarios).

VI. El criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico *ex* artículos 148.1.18 y 51 CE, considerado como el instrumento jurídico que delimita la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, se caracteriza por ser 1) heterogéneo, 2) restrictivo y 3) contrario al orden competencial.

1) La heterogeneidad del criterio de habitualidad se lo otorga el hecho de que no existe un único criterio de habitualidad, a nivel nacional, que delimite la figura del *alquiler turístico*, ya que cada CC.AA. lo ha delimitado conforme a sus propios criterios, ofreciendo un panorama jurídico caótico.

2) El carácter restrictivo del criterio de habitualidad se debe a que el legislador autonómico considera que existe habitualidad, en general, a partir de la primera o segunda ocasión en que se lleve a cabo la cesión del uso de la vivienda, lo que va en detrimento de los arrendadores particulares-no profesionales que deseen celebrar, ocasionalmente, *arrendamientos vacacionales*, y no como un profesional turístico.

3) Al delimitarse, a partir del criterio de habitualidad, la condición jurídica de las partes del contrato (como profesionales o empresarios y consumidores y usuarios), entendemos que el legislador autonómico excede sus competencias *ex* artículo 149.1.6 y 13 CE. Por esta razón, pensamos que la solución a la problemática planteada sobre los *alquileres turísticos* debe comenzar por la reconfiguración actual del criterio de habitualidad establecido por las CC.AA.

VII. Partiendo de la premisa de que el criterio de habitualidad, delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que determina la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, proponemos al legislador que, ante el panorama de incertidumbre jurídica que ha generado el apartado e) del artículo 5

de la LAU, se lleve a cabo una reconfiguración del criterio de habitualidad que tienda a su homogeneización, a partir de su concreción por parte del legislador estatal, y por su carácter flexible.

1) *Homogéneo*: El hecho de que cada CC.AA. establezca su propio criterio de habitualidad es un inconveniente para que los actores económicos, ya que deben tener en cuenta diecisiete escenarios jurídicos diferentes. En efecto, somos partidarios de que, en lugar de que cada legislador autonómico establezca su propio criterio de habitualidad, éste debe ser homogéneo a nivel nacional³¹⁰, siendo delimitado por el legislador estatal, fijándose las bases mínimas comunes –susceptibles de una eventual ampliación a nivel autonómico–. Un primer paso en esta línea podría ser la inclusión de una referencia directa en el apartado e) del artículo 5 a un nuevo criterio de habitualidad estatal homogéneo, previamente determinado por legislador estatal, mediante el cual se fije el momento exacto en el que se entiende que, a nivel estatal, el arrendamiento vacacional queda excluido de la normativa autonómica y tiene lugar el alquiler turístico, así como, indirectamente, el instante en el que un particular se transforma en profesional o empresario y en un consumidor y usuario debido a la frecuencia del servicio de alojamiento.

2) *Delimitado por el legislador estatal*: En total sintonía con el punto anterior, además del carácter heterogéneo del criterio de habitualidad, entendemos que la fijación del criterio de habitualidad por parte de los legisladores *autonómicos contraviene la distribución de competencias establecida por la CE*. Por un lado, porque dicha atribución de competencias del Estado a las CC.AA. no se ha producido mediante una Ley Orgánica en el caso de los alquileres turísticos, y, por el otro, porque, mediante la regulación actual del criterio de habitualidad, el legislador autonómico, en base a una competencia atribuida en el artículo 148.1.18 CE sobre turismo, está regulando la condición jurídica de las partes del contrato, una materia exclusivamente reservada al Estado *ex* artículo 149.1.6 CE. Por ello, proponemos que la reconfiguración del criterio de habitualidad se realice por el legislador Estatal, aplicable en todas las CC.AA.

3) *Flexible*. Finalmente, el carácter injustificadamente restrictivo de este criterio imposibilita que, en la práctica, se puedan *rea-*

³¹⁰ Comparten la idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ–NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que «esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que «la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable».

lizar *arrendamientos vacacionales* protagonizados por particulares-no profesionales, permitiéndose *únicamente alquileres turísticos* entre profesionales o empresarios y consumidores y usuarios. En este sentido, algunas CC.AA. fijan el criterio de habitualidad desde la primera vez que se cede una vivienda. Desde nuestro punto de vista, somos partidarios de que, mediante una delimitación más amplia y flexible del criterio de habitualidad por parte del legislador estatal, se garantice un espacio mínimo de actuación para que las partes puedan elegir entre llevar a *cabo arrendamientos vacacionales* (entre particulares-no profesionales), o *alquileres turísticos* (entre profesionales o empresarios turísticos y turistas/consumidores y usuarios), con las diferentes ventajas y desventajas a nivel jurídico que ello conlleva, especialmente en relación con la protección del consumidor.

4) *En sintonía con lo propuesto por la UE*. Para ello, además de que el criterio de habitualidad debe ser dictado por el legislador estatal, entendemos que su reconfiguración debe llevarse a cabo en base a los parámetros propuestos por la UE, en concreto a tres factores relacionados e interconectados, aplicados de forma conjunta:

a) el ánimo de lucro, precisándose si se hace referencia exclusivamente a obligaciones de carácter pecuniario o si admite también el trueque y la permuta (como el intercambio de viviendas);

b) la frecuencia de los servicios de alojamiento, que, a título de ejemplo, se podría fijar en un mínimo de sesenta noches durante un año natural; y

c) el volumen de negocios, marcándose un límite máximo, que, a título de ejemplo, se podría fijar en la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural.

5) *Creación de Registros específicos para alquileres turísticos*. Todo lo anterior, entendemos que debería realizarse de forma controlada y supervisada por Registros específicos de alquileres turísticos que garanticen lo expuesto anteriormente, especialmente en lo relativo a las distintas obligaciones fiscales que de estas actividades se derivasen.

Con un criterio de habitualidad flexible y homogéneo en todo el territorio nacional, pensamos que se posibilitaría la coexistencia pacífica de los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, así como, directamente, de los intereses directos enfrentados de las partes implicadas. Con esta medida se garantizaría, protegería e, incluso se incentivaría un ámbito de actuación en el que los particulares podrían llevar a cabo esta actividad económica como no profesionales, sin tener que, por ello, hacer frente a las distintas trabas

administrativas y barreras económicas propias de los profesionales y empresarios, como son los distintos requisitos turísticos exigidos en los Decretos autonómicos sobre alquileres turísticos, además de verse sometidos al ámbito de aplicación del Derecho de consumo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel: «Derecho civil autonómico versus Derecho civil estatal: estado de la cuestión tras la sentencia del tribunal constitucional 31/2010, de 28 de junio», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVIII, 2010, pp. 245-259.
- ALCOVER POVO, Miguel: «Aspectos contencioso-administrativos», en *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Fuentes-Lojo Rius, A. y Fuentes-Lojo Lastres, A. (Dirs.), Ed. Bosch, 2019, Capítulo II, pp. 95-124.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico», en *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Carril Vázquez, X. M., García Pérez, R. y López Suárez, M. A. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2019, pp. 23-59.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 28, Fasc/Mes 3, 1975, pp. 355-378.
- BOTELLO HERMOSA, José María: «La economía colaborativa. ¿El término adecuado?», en *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas generales y sectoriales*. Ortí Vallejo y Rubio Gimeno (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 21-41.
- «Los arrendamientos vacacionales en la LAU», *Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas*. Brasil, N.º 2, 2017b, pp. 602-620.
- «El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?», *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, N.º 754, 2016c, pp. 1000-1038.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 749, 2015, pp. 1199-1246.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco: «Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los arrendamientos de viviendas», *CESCO de Derecho de consumo*, N.º 4, 2012, pp. 118-134.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, y CORDERO LOBATO, Encarna: «Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 5, 1995 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el Comercio Interior), pp. 9-66.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, Julio: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Parte General, Ed. Reus.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, 2015, Ed. Dykinson.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El arrendamiento vacacional por turno: Una alternativa legal a la multipropiedad», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, N.º 2, 2003, pp. 487-597.
- CNMC: (19 de julio de 2018): Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España. E/CNMC/003/18.

- COBOS, Sonia; MALLO, Manuel, y SILVESTRE, Xavier: «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 *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Fuentes-Lojo Rius, A., y Fuentes-Lojo Lastres, A. (Dirs.), Ed. Bosch, 2019, pp. 14-95.
- 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, 2 de junio de 2016a.
- «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM (2010) 2020 final, Bruselas, 3 de marzo de 2010b.
- «Contrato de arrendamiento de habitación sin servicios complementarios». Varios juristas responden sin se aplica el Código Civil o la LAU (2004). *Cuaderno de arrendamientos urbanos contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario*, N.º 253.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: «Vivienda en Alquiler turístico y Propiedad horizontal. Reformas legislativas recientes y cuestiones pendientes», en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*. Muñiz Espada, E., Ed. Wolters Kluwer, 2019, pp. 293-332.
- DE DIEGO, Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1930.
- DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, Ana María: «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma (REALA): Nueva Época*, N.º 5, 2016, pp. 30-55.
- DE LEÓN ARCE, Alicia: «El consumo como realidad social, económica y jurídica», en *Derecho de los Consumidores y usuarios*. De León Arce, A. y García García, L. (Dirs.) 2nd ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 41-102.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «El alquiler vacacional (y II): soluciones legislativas», *El Notario del S. XXI*. N.º 74, 2017, pp. 32-55.
- DESDENTADO DAROCA, Eva: «Aspectos jurídico-administrativos de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*. Lucas Durán, M. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 41-93.
- «Viviendas de uso turístico y Derecho administrativo», en *Los problemas jurídicos del «Alojamiento colaborativo»: un estudio interdisciplinar*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 198/2018, 2018b, pp. 12-40.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Concepto y protección del consumidor», en *Manual de Derecho Privado del Turismo*. Díaz Alabart, S. (Dir.), Ed. Reus, 2017, pp. 135-148.
- DÍAZ VALES, Fernando: «Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*. Lucas Durán, M. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 95-148.
- «Viviendas de uso turístico y Derecho civil», en *Los problemas jurídicos del «Alojamiento colaborativo»: un estudio interdisciplinar*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 198/2018, 2018b, pp. 40-67.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (21 y 22 de enero de 2014), sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).
- DURBÁN MARTÍ, Ignacio: «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 30, 2016, pp. 257-288.

- ESCRIBANO COLLADO, Pedro: «La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de los consumidores y usuarios», *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. 1, 1992, pp. 535-548.
- FELUI AMENGUAL, Bernardo: «VII.2-Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la ley general turística», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*. Tomo XV, 2014, pp. 177-188.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo Ignacio, y TORRES PÉREZ, Francisco José: «Ámbito de aplicación», en *La defensa de los consumidores y usuarios*. Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M.^a (Dirs.), 1.º Ed. Iustel, 2011, pp. 57-115.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2018a.
- «Turismo p2p o colaborativo: un reto para el Ordenamiento jurídico», *International Journal of Scientific Management Tourism*, Vol. 2, N.º 2, 2016b, pp. 111-127.
- «Problemática jurídica derivada de la economía compartida», *Economía industrial*, N.º 402, 2016c, pp. 37-46.
- FIDALGO LÓPEZ, Ana: «La distribución de competencias en la contratación de los servicios de comunicaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2015, pp. 23-51.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Normativa aplicable al contrato de arrendamiento de habitaciones», en *Elderecho.com*, Ed. Lefevre, 2018. Accesible desde <https://elderecho.com/normativa-aplicable-al-contrato-de-arrendamiento-de-habitaciones>.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Algunas consideraciones sobre el –Derecho civil autonómico no foral–», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, N.º 22, 2005, pp. 142-175.
- GARCÍA LUENGO, Ramón Bernabé: «El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero», *Anales de la Facultad de Derecho*, N.º 18, 2001, pp. 59-81.
- GARCÍA SAURA, Pilar Juana. *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico*, Ed. Dykinson, 2019.
- GIL, Javier: «¿Cómo regular el hospedaje entre particulares? Criterios de regulación utilizando el caso de AirBnB», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De La Encarnación, A. M.^a (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 121-148.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019a, pp. 23-66.
- «La prohibición de alquilar viviendas vacacionales en municipios turísticos. Otra oportunidad perdida para resolver algunos conflictos Alquiler vacacional en Canarias». *Actas del Congreso Internacional de tendencias en destinos turísticos*, 2015b, pp. 23-54.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen: «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*, N.º 6, 2013, pp. 170-190.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Alojamiento y Viviendas de uso turístico», en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (Dirs.), Ed. Wolters Kluwer, 2018, pp. 151-168.
- GÓMEZ PERALS, Miguel, y ÁLVARES MOLEIRO, Janet: «Alquiler vacacional en Canarias. Una perspectiva jurídica», *Documento de trabajo 1/2016*, 2016. Documento accesible en: <http://www.datosdelanzarote.com/Uploads/doc/Alqui>

- ler-vacacional-en-Canarias.-Una-perspectiva-tur%³%ADstica-20170210124527868Alquiler-vacacional-en-Canarias.-Una-perspectiva-jur%³%ADdica.pdf.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 45-46, 2015, pp. 101-144.
- «La vivienda con un uso turístico: entre el turismo “colaborativo” y la competencia desleal», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018b, pp. 19-54
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «El Empresario Mercantil Individual. Reglas Generales». En Guillermo J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2009, pp. 99-114.
- Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Manual sobre protección de Consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, 2015.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Contenido del contrato de alojamiento turístico», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 269-298.
- MADRID PARRA, Agustín: «Contratos electrónicos y contratos informáticos», *Revista de Contratación Electrónica*, N.º 111, 2011, pp. 5-35.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Sobre la necesaria unificación legal el alquiler vacacional y normativa autonómica», *Revista de Jurisprudencia*, 2017a.
- «Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la LAU en la Ley 4/2013, de 4 de junio», *Revista de Derecho Inmobiliario*, 2013b.
- MARTÍN MORAL, María Flora: «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, N.º 70, 2017, pp. 179-196.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «VII.1-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*, Tomo XV, 2014, pp. 151-176.
- MARTÍNEZ-NADAL, Apollonia, y ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «Auge del Alquiler turístico vacacional y restricciones legales en España: un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia», *X Jornadas de Investigación en Turismo, Facultad de Turismo*, Universidad de Sevilla, 2017.
- MARTOS CALABRÁS, María Angustias: El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo por la Ley 4/2013», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, N.º 1, 2014, pp. 91-102.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo: «El transporte turístico colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 267-304.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «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*, N.º 70, julio-diciembre, 2017, pp. 197-249.
- MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar: «Arrendamiento turístico en la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, 2016, pp. 198-225.

- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 191-228.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «El objeto: las prestaciones vinculadas al alojamiento colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.). Ed. Bosch, 2019, pp. 137-166.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «Economía colaborativa y consumidores», en *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*. Montero Pascual, J. J. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 195-223.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: «La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 55-95.
- ORDÁS ALONSO, Marta, y VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Art. 2.1. Arrendamiento de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Ed. Aranzadi, 2014, pp. 63-92.
- OTERO COBOS, María Teresa: «El alojamiento turístico colaborativo: Régimen iusprivatista», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 337-364.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel, y MIRANDA SERRANO, Luis María: «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores», en *Derecho (privado) de los consumidores*. Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (Coord.), Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 19-62.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la Legislación civil para la protección del consumidor», en *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 4, 1987, pp. 149-165.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1930.
- PONCE SOLÉ, Juli: Economía colaborativa, viviendas de uso turístico e impactos en el marco del desarrollo urbano sostenible, ¿hacia una futura regulación más innovadora y flexible?», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De la Encarnación, A. M.ª (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 39-70.
- PORTO CORTÉS, Alejandra: «Derechos y garantías del consumidor al adquirir un bien de consumo», en *Manual de derecho de consumo*. Porto Cortés, A., Pablo, F. y Molina Ávila, M. (Coords), 1.º Ed. Thomsom Reuters, 2013.
- PUENTE ORENCH, José: «Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 299-327.
- PUENTE ORENCH, José, y VALDENEBRO MONZÓN, Íñigo: «Cuestiones generales», en *Alquiler turístico: Soluciones jurídicas*. Puente Orench, José (Dir.), Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «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 *Tratado de contratos, Tomo I*. Bércovitz, R. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- REPRESA POLO, María Patricia: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Ed. Edersa, Madrid, 2005.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, María Luisa: «¿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 (Ridetur)*, N.º 2, 2017, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola: «Avances en el proceso de regulación normativa del alojamiento “colaborativo” en Cataluña», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De La Encarnación, A. M.^a (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 295-324.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, María del Pino: «La intervención administrativa en el turismo colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 167-200, pp. 41-76.
- ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Ángel José: «El empresario», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. Menéndez Menéndez, A. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2009, pp. 41-76.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: «El nuevo decreto andaluz sobre viviendas particulares de uso turístico. Análisis a la luz de la agenda europea para la economía colaborativa». *Cuadernos de Turismo*. N.º 41, 2018, pp. 591-613.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo. *Manual de Derecho mercantil*, Ed. UPCO Servicio de publicaciones, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Arrendamiento de temporada vacacional y alojamiento turístico extrahotelero: una tenue y trascendental línea divisoria», *Revista de Derecho Privado*, 2009, pp. 33-66.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La visión del propietario y del arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable», en *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*. Simancas Cruz, M. y Mañoso Valderrama, J. (coords), Ed. Promotur Turismo Canarias, 2016, pp. 139-162.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, y GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 147-190
- SERRANO CAÑAS, José Manuel. «Tutela de consumidores y economía colaborativa: ¿hacia la desarticulación del Derecho del consumidor?», en *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Carril Vázquez, X. M., García Pérez, R. y López Suárez, M. A. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2019, pp. 241-285.
- SIMANCAS CRUZ, Moisés; TERMES CORDOVEZ, Rafael; PEÑARRUBIA ZARAGOZA, María Pilar: «El alquiler vacacional en las áreas turísticas de litoral de Canarias», *Papers de Turisme*», N.º 60, 2017, pp. 1-24.
- URÍA, Rodrigo, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: «Concepto, evolución histórica y fuentes del derecho mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. Menéndez Menéndez, A. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2009, pp. 27-38.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario: «Arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valpuesta Fernández, M.º R. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 1994, pp. 52-59.
- VATIER FUENZALIDA, Carlos: «Art. 3: Arrendamientos para usos distintos del de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Lasarte Álvarez, C. (Coord.), Ed. Tecnos, 1996, pp. 71-77.
- VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Breves notas del contrato de hospedaje. Comparación entre la regulación española e italiana», *Nuevas perspectivas del turismo para la próxima década*, en III Jornadas de Investigación en Turismo. Jiménez-Caballero, J. L. y Fuentes Ruiz, P. (Coords), 2010, pp. 499-514.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- YUFERA SALES, Pedro Luis: *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, Ed. Bosch, 2000.