



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 20
28071-MADRID

INFORME Nº 14/2015, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 LGUM (Expte. (...)) HOTELES SÓLO PARA ADULTOS)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 9 de julio de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM), en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), escrito formulado por D. (...) en representación de (...).

En el citado escrito, el operador pone de manifiesto que en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Consejería de Turismo prohíbe la modalidad de HOTELES SOLO PARA ADULTOS, aduciendo que así lo determina la Ley 13/2011, de 23 de diciembre de Turismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía en su artículo 36, así como el Decreto 47/2004, de ordenación hotelera en su artículo 5, lo que según el informante, impide a los hoteles poder tener una libertad de mercado y enfocar su producto al mercado que libremente quieran elegir, impidiendo por tanto la libertad de mercado.

Solicita, por ello, que se deje libertad a los empresarios para poder ejercer su derecho al libre mercado, y al igual que ya ocurre en otras Comunidades Autónomas españolas, como cita el interesado, Canarias, Valencia y Baleares, en las que su normativa turística así lo regula, puedan tener la opción de poder ofrecer sus establecimientos hoteleros a clientes solo adultos mayores de 18 años. Concluye el informante que, en España debe regir un único criterio en cuanto a la libre implantación de empresas y que este derecho no se debe coartar por un criterio propio de una Comunidad Autónoma.

La SCUM da traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA en lo sucesivo) del escrito de información presentado junto con la documentación que lo acompaña, también con fecha 9 de julio de 2015, para que de considerarlo oportuno emita el informe, incluyendo en su caso propuesta de actuación en virtud de lo previsto en el artículo 28.2 y 3 de la LGUM con fecha anterior al 27 de julio de 2015.

Para elaborar el presente informe, la ADCA ha solicitado mediante oficio de 10 de julio de 2015 el pronunciamiento o parecer jurídico de la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, dado que la situación normativa descrita por el operador afecta directamente a sus competencias. La Viceconsejería de Turismo y Deporte, remitió informe con sus observaciones al respecto, incorporadas a este análisis, con fecha 15 de julio de 2015.



2. REGULACIÓN SECTORIAL APLICABLE

Para abordar correctamente la cuestión, es conveniente recordar el marco competencial existente, del que deriva y en el que se sustenta todo el desarrollo posterior.

La Constitución Española, en el reparto competencial dispuesto en sus artículos 148 y 149, asigna a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de “*Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*” (artículo 148.1.18º).

Por su parte, el artículo 147 de la Carta Magna, después de erigir a los Estatutos, como “la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma” y considerarlos como parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado, delimita entre el contenido que deben tener dichos Estatutos “las competencias asumidos dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.”

En virtud de dicha habilitación, las competencias en materia de turismo han sido asumidas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. En concreto, en su artículo 71 que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de turismo, que incluye, en todo caso, la ordenación, la planificación y la promoción del sector turístico. Por su parte, el artículo 37.1.14º establece como uno de los principios rectores de las políticas públicas de la Comunidad Autónoma el fomento del sector turístico, como elemento económico estratégico de Andalucía.

Al amparo de lo anterior, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha dictado normas reguladoras en materia de turismo. En la actualidad, la regulación de la presente materia se recoge en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía que contiene la regulación esencial de todos los servicios turísticos y, entre ellos, especialmente, el de alojamiento turístico.

Asimismo, los reglamentos reguladores de los servicios turísticos que componen el sector, y que, en su totalidad, entre ellos, el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de Establecimientos Hoteleros y el Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía establece el procedimiento de inscripción y clasificación hotelera de acuerdo con el grupo, categoría, modalidad y, en su caso, especialidad.

De lo expuesto anteriormente, parece clara la competencia exclusiva en materia de ordenación del turismo y, en concreto, en materia de regulación y clasificación de los establecimientos turísticos, que ostentan las Comunidades Autónomas (CCAA) en su territorio, en nuestro caso, la Comunidad Autónoma de Andalucía en nuestro territorio.

En relación con el asunto concreto que nos ocupa, merece destacar que el artículo 36.1 de la Ley de Turismo de Andalucía considera a los establecimientos turísticos como establecimientos públicos, indicando que no se puede restringir el acceso a los mismos por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación¹. En conexión con lo anterior, el artículo 72.2 de dicho texto legal califica como infracción muy grave la restricción en el acceso, en la prestación de servicios o la expulsión injustificada de un establecimiento turístico cuando se realice por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social que suponga discriminación.

¹ Cursiva y subrayado propio.



Por otra parte, cabe señalar que, según el artículo 43 de la mencionada Ley, los establecimientos hoteleros se dividen en cuatro grupos -Hoteles; Hoteles-apartamentos; Hostales; y pensiones, vinculando la categoría al nivel del establecimiento, dentro del grupo al que pertenezca y que se integrarán en una de las modalidades previstas de playa, ciudad, rural y carretera, recogándose los requisitos mínimos comunes y específicos que para cada una de las modalidades en el Decreto 47/2004, de Establecimientos Hoteleros. Los establecimientos hoteleros podrán clasificarse también en alguna de las especialidades relacionadas en el Anexo 6 del Decreto, entre las que se incluye los establecimientos hoteleros familiares.

Finalmente, conviene hacer una sucinta referencia a los requisitos mínimos exigidos a los establecimientos hoteleros contemplados en la Sección 6ª del Decreto 47/2004 y aplicable a todas las categorías, entre los que hay que destacar que la instalación de las camas supletorias, tendrá carácter excepcional y, en todo caso esta instalación es potestativa. Igualmente, la instalación de cunas para niños menores de dos años podrá realizarse en cualquier unidad de alojamiento, siendo suficiente la simple petición del usuario (ANEXO 1. Requisitos Mínimos Específicos para el Grupo de Hoteles.2.1. B), salvo que se trate de un establecimiento hotelero de la especialidad familiar, en cuyo caso deberán contar con servicios de cunas gratuitas y obligatorias, así como otro tipo de servicios acorde con esta especialidad como un parque infantil; servicio de guardería o servicio de animación para niños.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La explotación y gestión de establecimientos de alojamientos turísticos hoteleros constituye una actividad económica² y, por lo tanto, queda sometido al ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, que en su artículo 2 incluye el acceso y ejercicio a tales actividades por los operadores “legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

La asociación reclamante denuncia la prohibición en Andalucía de la modalidad “sólo adultos” en los hoteles, cosa que según menciona el operador no ocurre en otras CCAA (como cita el caso de Canarias, Valencia y Baleares) donde sí podrían ejercer este derecho, al tenerlo regulado en su normativa turística autonómica, y que esta situación le impide a los hoteles ejercer su libertad de mercado y enfocar su producto al mercado que libremente quieran elegir. A su entender, en España debe regir un único criterio en cuanto a la libre implantación de empresas, y que este derecho no se puede coartar por un criterio propio de una Comunidad Autónoma.

A tales efectos, en el informe emitido por la Viceconsejería de la Consejería de Turismo y Deporte, a solicitud de la ADCA, se aborda muy profusamente esta cuestión analizando el marco

² Ello, conforme a la definición de “Actividad económica” recogida en el Anexo b) de la LGUM, entendiéndose por tal “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los *medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.*”



andaluz sobre la presente materia, al haberse invocado por el informante la existencia de una diferencia de criterio con respecto a lo establecido en otras CCAA (Canarias, Valencia y Baleares) y se extraen a continuación las siguientes consideraciones:

1) Sobre la prohibición de la oferta “sólo adultos” en establecimientos hoteleros

En respuesta a la cuestión planteada, cabe remitir al informe de la Secretaría General para el Turismo “relativo a las restricciones al acceso y prestación de servicios a menores de edad en establecimientos hoteleros dirigidos, exclusivamente a adultos”, el cual se acompaña como documentación adjunta al escrito de la SCUM. Si bien, hay que resaltar lo siguiente:

Efectivamente, tal como señala la (...), a tenor de lo establecido en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (artículo 36) en conexión con el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de Establecimientos Hoteleros (artículo 5), las restricciones en el acceso y la prestación del servicio de alojamiento a los menores de edad por parte de los establecimientos hoteleros ubicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, son contrarias a Derecho.

Así, se encuentra prohibida la restricción de acceso a un hotel por diversas razones expresas y por “cualquier otra circunstancia personal o social” que suponga discriminación, entre las que deberíamos de entender comprendida la edad. En todo caso, el derecho a la libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución Española en ningún caso tiene carácter absoluto, sino que está sujeto a una serie de limitaciones orientadas a proteger otros bienes constitucionales, y no puede, por tanto, suponer una discriminación arbitraria y no justificada.

Por ello, se entiende que los establecimientos hoteleros podrán, en el ámbito de la libertad de empresa, dirigir el servicio de alojamiento que prestan hacia una clientela preferiblemente adulta, para lo que, por ejemplo, podrán no disponer de camas supletorias o de cunas para niños menores de 2 años, pero en ningún caso podrán denegar la prestación de servicios a niños amparándose en una supuesta reserva del derecho de admisión a menores, pues la normativa no le permite establecer condiciones de admisión específicas relativas a la edad y, por lo tanto no cabe la consideración de hotel “sólo adultos” en este sentido.

2) Regulación en otras Comunidades Autónomas

Por otra parte, en cuanto a la argumentación planteada por la asociación reclamante de que en otras CCAA (según se menciona Canarias, Valencia y Baleares) tienen regulada esta posibilidad en su normativa turística, pudiendo tener la opción de ofrecer los establecimientos hoteleros a clientes sólo adultos mayores de 18 años, tras realizar un examen no exhaustivo de la normativa turística de las CCAA señaladas, no se encuentra regulación expresa de la materia, especificándose el carácter abierto al público de los establecimientos hoteleros. Únicamente hay referencias a la posibilidad de dirigirse o promocionarse hacia un determinado público, el adulto en este caso, o la posibilidad de no prestar determinados servicios relacionados con los niños (por ejemplo, el artículo 87.9 del Decreto 20/2015, de 17 de abril, de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de Illes Balears, y de regulación y clasificación de las



empresas y de los establecimientos turísticos, dictado en desarrollo de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears), pero sin que se expresen prohibiciones de acceso de menores a los establecimientos.

Con independencia de las consideraciones anteriormente expuestas, habría que añadir que como ya se ha señalado en el apartado 2 del presente Informe referido al contexto normativo sectorial de aplicación, y siguiendo el pronunciamiento que esta ADCA puso de manifiesto en el marco del procedimiento de información tramitado en esta misma materia por la SCUM e identificado por la misma como Informe 28.5 TURISMO. Clasificación de Hoteles³, y que podría ser extrapolables al asunto que ahora nos ocupa, hay que partir de la premisa de que las posibles divergencias en materia de modalidades o especialidades de alojamientos turísticos hoteleros derivadas de las diferentes normativas autonómicas, no constituyen, per se, un obstáculo al libre establecimiento o a libre circulación protegidos por la LGUM.

En este sentido, y siguiendo la posición adoptada en el citado Informe de la SCUM, las distintas tipologías, modalidades o especialidades hoteleras así como los requisitos exigidos para las mismas en la medida en que están intrínsecamente vinculadas a un determinado establecimiento o infraestructura física dependen de la normativa del lugar concreto donde esté ubicado el mismo, por lo que no le resultaría de aplicación el principio de eficacia nacional contemplado en los artículo 6, 19 y 20 de la LGUM⁴.

La modalidad o especialidad hotelera, al igual que la clasificación hotelera, puede igualmente entenderse como un requisito de ejercicio de la actividad cuya regulación corresponde a la autoridad competente del territorio concreto donde ésta actividad se realice. En este sentido, y en relación con los principios dispuestos en la LGUM, este tipo de requisitos de ejercicio deberán adecuarse al principio de no discriminación establecido en el artículo 3⁵ y a los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la misma. Asimismo no podrán constituir actuaciones que limiten la libertad de establecimiento y la libertad de circulación – requisitos prohibidos de acuerdo con el artículo 18 de la LGUM.

En concreto, la prohibición de la modalidad de hoteles sólo para adultos, derivada de la interpretación que de la normativa sectorial andaluza realiza la Consejería competente en la materia, de que no se puede restringir el acceso a los establecimientos turísticos, considerados como establecimientos públicos, por razones de raza, sexo, religión, opinión o por cualquier circunstancia personal o social que suponga discriminación, entre las que según el criterio de la Consejería competente estaría incluida la edad, representarían una limitación al derecho de libertad de empresa propugnado en el artículo 38 de la Constitución Española (CE). Sin bien

³ Disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/TURISMO_clasificacion_hoteles7.pdf

⁴ Quedaría excluido por tanto del principio de eficacia nacional contenido en el artículo 20.4 de la LGUM “El principio de eficacia en todo el territorio nacional no se aplicará en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física”.

⁵ En base al cual, todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.



dicha restricción a la libertad de empresa puede estar justificada en base a la protección de otras razones imperiosas de interés general igualmente dignas de protección.

En este sentido, la interpretación de la previsión general de las “circunstancias personales” que podría generar un trato discriminatorio deberá ser acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la LGUM. En este caso, la necesidad de la prohibición o limitación al desarrollo de esta tipología de establecimiento hotelero deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11⁶ de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y, en cualquier caso, esta prohibición deberá ser proporcionada a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En relación con el respeto al principio de proporcionalidad, la prohibición del ejercicio de una determinada especialidad de hoteles sólo para adultos, en la medida en que afectaría negativamente al principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la CE, precisaría en nuestro caso que, en defensa de un determinado interés general, como pudiera ser la protección del principio de no discriminación por razón de la edad en el acceso a los establecimientos turísticos hoteleros, no se dañen en mayor proporción otros intereses generales como el principio constitucional de libertad de empresa.

A este respecto, sería importante advertir que el hecho de que se impida a los establecimientos hoteleros la especialidad de hoteles sólo para adultos no significa que el operador económico pueda orientar su modelo de negocio de tal manera que, por sus específicas características u oferta de servicios turísticos esté dirigido a un determinado extracto de la población, como por ejemplo mediante la decisión empresarial de no disponer en su establecimiento hotelero de camas supletorias o de cunas para niños menores de dos años al tratarse éstos de requisitos potestativos y, con ello, atraer la atención únicamente de una demanda conformada por personas adulta, ofreciéndose como alternativa a los establecimientos hoteleros de la especialidad familiar sí regulados en la normativa autonómica.

Finalmente, conviene en todo caso señalar que el artículo 12 de la LGUM dispone que las distintas autoridades competentes, a través de las conferencias sectoriales analicen la normativa y adopten estándares de regulación. A tenor del mismo artículo, el trabajo de las conferencias sectoriales podrá contar con la contribución de los operadores económicos. En este contexto, las CCAA podrían adoptar mecanismos de unificación de criterios que guarden la mayor homogeneidad posible.

⁶ Entendiéndose por tales las definidas e interpretadas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.



4. CONCLUSIONES

En base a todo lo anteriormente expuesto:

1. El simple ejercicio por parte de las CCAA- y en este caso concreto de la Comunidad Autónoma de Andalucía- de sus competencias exclusivas en materia de ordenación del turismo y, en particular de la regulación concreta sobre la clasificación, modalidades o especialidades de establecimientos hoteleros, no es constitutivo por sí mismo de un obstáculo o una barrera al libre establecimiento o al libre ejercicio de las actividades económicas dentro del territorio español, o de la unidad de mercado. Si bien, del análisis de las diferentes normativas turísticas de las CCAA mencionadas por el reclamante, se aprecia que no existiría una disparidad de criterios o desigualdad de trato, ni obstáculos o barreras a la libertad de establecimiento.
2. Lo que la Comunidad Autónoma de Andalucía prohíbe es la restricción del acceso a los establecimientos públicos por razones discriminatorias, y no impide o prohíbe la posibilidad de orientar la oferta a un determinado público o colectivo, en este caso a los adultos, bien mediante la no prestación de servicios no dirigidos específicamente a los mismos (cunas, camas supletorias, habitaciones triples o cuádruples, servicios de animación o guardería), bien mediante la publicidad o promoción de estos establecimientos dirigida al público, siempre y cuando no se prohíba el acceso a los menores, lo que sucede por ejemplo cuando se anula la posibilidad de efectuar reservas en los mismos para menores de edad.
3. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que la interpretación o criterio que la Consejería competente sobre la normativa sectorial aplicable debe ser conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 de la LGUM.
4. Finalmente, en el marco del mecanismo de colaboración y cooperación previsto en el artículo 12 de la LGUM, las Administraciones podrían propiciar un marco regulatorio que simplifique las interacciones de los operadores hoteleros con las autoridades competentes, armonice la regulación de los criterios establecidos para los establecimientos hoteleros y en definitiva se adopte una regulación económica eficiente sobre el sector de acuerdo con los principios de la LGUM, que dé una respuesta fiable a sus destinatarios, los consumidores y usuarios de los servicios turísticos en un país que es el cuarto del mundo en número de visitantes extranjeros y cuyo turismo representa el 10% del PIB.

En Sevilla, a 22 de julio de 2015

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA