

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**4320** *Pleno. Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, en relación con el apartado 4 de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias. Distribución de competencias sobre legislación civil: nulidad del precepto legal autonómico que constituye un derecho de retracto en favor de particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6548-2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, en relación con la disposición transitoria única, apartado 4, de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por posible vulneración de los arts. 14, 38 y 149.1.8 CE. Ha comparecido el Abogado del Estado y formulado alegaciones el Gobierno y el Parlamento de Canarias y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El día 13 de diciembre de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 14 de noviembre de 2001, por el que se acuerda elevar a este Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria única, apartado 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1999, de 15 de marzo, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por posible vulneración de los arts. 14, 38 y 149.1.8 CE.

2. Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Con fecha 2 de marzo de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña Sandra Pérez Almeida, en nombre y representación de la entidad mercantil Explotaciones Turísticas Panamá, S.L., interpuso demanda de retracto de comuneros contra don Manuel Martín Rivero, a fin de que se declare su derecho a retraer el bungalow núm. 10, del complejo denominado «Bungalows Panamá», Avenida de Mogan, de la Urbanización Puerto Rico, término municipal de Mogan, que había sido adquirido por el demandado

mediante compraventa con fecha 3 de febrero de 2000. El fundamento jurídico de la pretensión de la parte actora es la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de modificación de la Ley 7/1995, que dispone lo siguiente:

«4. La transmisión de cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística, a los efectos del cumplimiento del principio de unidad de explotación, llevará implícita un derecho de adquisición preferente a favor de los titulares de las unidades en explotación cuya forma de ejercicio se ajustará a los previsto para el retracto legal de los copropietarios.

De no ejercitarse el derecho de adquisición antes referido, gozará del mismo, y en idénticas condiciones, la empresa explotadora.»

b) Seguido el expediente en sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, mediante providencia de 4 de mayo de 2001, acordó lo siguiente: «Entendiendo que la decisión procesal depende de que el apartado cuarto de la disposición transitoria 1 de la Ley 5/1999 del Parlamento de Canarias (derogado por la Ley 2/2000 del Parlamento de Canarias pero vigente al tiempo de iniciarse este proceso) de modificación de la Ley 7/1995 de Ordenación del Turismo de Canarias, en que he de fundar la Sentencia, infringe y es contrario al art. 149.1 8 de la Constitución Española, óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad».

c) La parte demandada manifestó su conformidad con la formalización de la cuestión de inconstitucionalidad, entendiendo que el precepto cuestionado conculcaba los arts. 14, 24, 47, 53, 139.1 y 149.1.6 y 8 CE. La parte actora manifestó su oposición al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte, el Ministerio Fiscal se pronunció en favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por estimar que el precepto controvertido pudiera ser contrario a lo dispuesto en los arts. 14, 38, y 149.1.6 y 8 CE.

3. Mediante Auto de 14 de noviembre de 2001, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana formaliza la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria única, apartado 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1999, de 15 de marzo, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por posible vulneración de los arts. 14, 38 y 149.1.8 CE.

El órgano judicial realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones en el Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras exponer sucintamente los hechos, examina el cumplimiento en este caso de los requisitos legales exigidos para el planteamiento de aquella. Así, pone de relieve que se cuestiona una norma con rango de Ley, se formula en el momento procesal oportuno para plantearla, antes del fallo en el proceso *a quo*, y se ha dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para formular las alegaciones que consideren oportunas [art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. En cuanto a los preceptos constitucionales que pudieran resultar vulnerados, se concretan los siguientes: el art. 14 CE, en cuanto que el derecho de adquisición preferente cuestionado podría ser contrario al principio de igualdad porque excluye de su ámbito las transmisiones de unidades alojativas destinadas a la actividad turística y excluye de su ejercicio a los titulares de unidades alojativas no destinadas a actividades turísticas que no tengan la consideración de unidad de explotación o empresa explotadora; el art. 38 CE, en cuanto que con dicha regulación se estaría promoviendo la concentración de la propiedad de inmuebles turísticos, fomentando un régimen cercano al monopolio; y el art. 149.1.8 CE en cuanto que el reconocimiento del derecho de adquisición preferente, al formar parte del ámbito del Derecho civil, pudiera vulnerar la competencia exclusiva del Estado en esta materia. Finalmente se formula el juicio de relevancia indicando que «habiéndose ejercitado el retracto reconocido en la señalada Ley autonómica, de ser reconocida la misma como contraria a la Constitución Española, quedaría la acción ejercitada vacía del substrato jurídico que la ampara, con la consecuencia inmediata de su desestimación».

4. Mediante providencia de 12 de marzo de 2002, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Gobierno de Canarias, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. También se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Canarias».

5. El Abogado del Estado, mediante escrito de 4 de abril de 2002, se personó en el procedimiento exclusivamente a los efectos de que se le notifiquen las resoluciones que en él se dicten, manifestando su intención de no formular alegaciones.

6. El día 9 de abril de 2002 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal que dicha Cámara no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones.

7. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 11 de abril de 2002 el Secretario General del Parlamento de Canarias, en la representación que ostenta, comparece en el proceso y formula las siguientes alegaciones:

En primer lugar, rechaza la posible vulneración del principio de igualdad consagrado por el art. 14 CE señalando que, conforme a la doctrina constitucional, resulta posible que la ley diferencie situaciones distintas otorgándoles un tratamiento diverso, siempre que ese tratamiento responda a una justificación objetiva y razonable. Esa justificación la encuentra en la finalidad de garantizar el principio de unidad de explotación de los establecimientos turísticos, tal y como el mismo se establece en la legislación canaria en la materia, esto es, el sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos. Por ello, entiende que no cabe considerar contrario a la igualdad el hecho de que el ejercicio del derecho de adquisición preferente no se extienda a la transmisión de unidades alojativas destinadas a la actividad turística ni que tampoco se atribuya a quienes no sean titulares de unidades en explotación, ya que dicha diferenciación entre situaciones de hecho también distintas obedece a un fin razonable, que el legislador autonómico ha entendido oportuno tener en cuenta en uso de su competencia en materia de turismo (art. 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias), cual es profundizar en el principio de unidad de explotación de los establecimientos turísticos. Así, existiría una proporcionalidad y razonabilidad entre la finalidad perseguida por el legislador, asegurar la vinculación de las diferentes unidades alojativas comprendidas en un inmueble al principio de unidad de explotación, y los medios para lograrla, la concesión de un derecho de adquisición preferente a favor de los titulares de unidades alojativas comprendidas en la explotación o de la propia empresa explotadora, pues solamente de esa forma se evita la perpetuación de una situación distinta a la querida por el legislador, cual es la permanencia de unidades alojativas fuera del principio de explotación unitaria.

La representación procesal de la Cámara autonómica descarta, a continuación, la infracción del art. 38 CE señalando que la plasmación constitucional de la libertad de empresa no implica que ésta sea incondicionada o absoluta pues, entre otros factores, dicha libertad ha de ejercerse con plena sujeción a la normativa que resulte de aplicación, sin que se aprecie que ninguno de los aspectos que integra la libertad de empresa resulte violentado o afectado por el precepto cuestionado. A este respecto, indica que el Auto de planteamiento parte de un presupuesto erróneo, cual es considerar que la concentración de las unidades alojativas en una sola empresa lesiona, *per se*, el principio constitucional de libertad de empresa, olvidando que esa concentración constituye un objetivo admisible para el legislador canario teniendo en cuenta la finalidad de unidad de las explotaciones turísticas que el precepto persigue. Además, niega que el ejercicio del derecho de adquisición preferente sea un incentivo al monopolio del mercado, ya que la unidad de explotación alcanza únicamente a cada uno de los edificios donde radican unidades alojativas, sin que afecte en absoluto al mercado. Por último señala que, de existir la duda

de constitucionalidad, la misma debería proyectarse sobre el principio mismo de unidad de explotación y no sobre el derecho de retracto, el cual no es más que un mecanismo para alcanzar aquel designio.

Finalmente, el Secretario General del Parlamento de Canarias descarta la vulneración del art. 149.1.8 CE pues estima que de la simple lectura del precepto se deduce que no es intención del legislador canario incidir frontalmente en el régimen jurídico de la institución del derecho de adquisición preferente, vedado al Parlamento de Canarias en virtud del art. 149.1.8 CE, sino, tan sólo, regular un supuesto específico de ejercicio de aquel derecho y atribuirlo a los sujetos y entidades expresamente mencionados con un fin razonable y bajo la cobertura de la competencia autonómica exclusiva en materia de turismo, tal como la misma se reconoce en el Estatuto de Autonomía. Por ello, argumenta que el legislador canario se ha ceñido a regular la causa de ejercicio del derecho remitiéndose en cuanto a su forma a las previsiones de la norma estatal civil relativas al retracto legal de los copropietarios, de forma que el régimen general civil del derecho de adquisición preferente no se ve en absoluto afectado por la norma autonómica cuestionada.

Por todo ello, la representación procesal del Parlamento de Canarias suplica al Tribunal que desestime la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

8. El día 15 de abril de 2002 la Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias evacuó el trámite de alegaciones concedido.

En su escrito señala, en primer lugar, que la correcta interpretación del alcance y finalidad de la disposición cuestionada ha de analizarse en el contexto del principio de unidad en la explotación de los establecimientos, edificaciones y complejos alojativos turísticos, regulado en los arts. 38 y siguientes de la Ley 7/1995. Con la aplicación de dicho principio se pretende que el conjunto de unidades alojativas ubicadas en un mismo inmueble o establecimiento se sometan a una unidad de gestión, a fin de ofrecer servicios homogéneos y con un mismo nivel de calidad en la prestación del servicio. Se trata de un principio fundamental en la decisión del legislador hasta el punto de que los establecimientos que no sigan este principio quedan automáticamente excluidos de la oferta turística de Canarias. Por ello, expone que el legislador autonómico ha intentado fomentar, en aquellos establecimientos y complejos en los que coexisten las unidades alojativas sujetas a explotación turística con otras carentes de dicha explotación, que estas últimas se incorporen al destino turístico del inmueble y que lo hagan con sujeción al principio de unidad de explotación.

A continuación rebate que la regulación controvertida produzca una discriminación vetada por el art. 14 CE, pues ese precepto constitucional no excluye la posibilidad de otorgar un trato distinto siempre que el mismo tenga una justificación objetiva y razonable. Esa justificación se encontraría, en este caso, en la preferencia legislativa por el régimen de unidad de explotación, si bien respetando las situaciones jurídicas preexistentes, constituidas por la titularidad de unidades alojativas no explotadas turísticamente pero ubicadas en un establecimiento dedicado a ese uso. Esa razón también explicaría que el derecho no se aplique a las unidades que ya están siendo explotadas turísticamente y que no se conceda a los propietarios de unidades no destinadas a ese uso, ya que ello sería contrario a la finalidad de la norma.

Igualmente descarta la vulneración del art. 38 CE por cuanto afirma que el derecho de adquisición preferente no afecta a la libertad de empresa, en la medida en que no se impide al propietario de una unidad alojativa no explotada turísticamente iniciar el ejercicio de dicha actividad ni tampoco se le impone forzosamente su ejercicio. Tampoco se le prohíbe enajenar dicho inmueble sino que lo único que se le restringe es su libertad para elegir el posible adquirente, de modo que lo que realmente se restringe es que los terceros no titulares del derecho de adquisición preferente puedan adquirir el inmueble en cuestión e iniciar la actividad de explotación turística del mismo. Esta restricción opera sin carácter absoluto ya que se formula en relación a cada concreto establecimiento, lo que impide que pueda hablarse de monopolio, y en razón del ya citado principio de unidad de explotación, como medida para garantizar que los establecimientos turísticos alojativos

en explotación prestan al usuario unos servicios con la calidad que el legislador desea imponer a la oferta turística alojativa de su Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia exclusiva de ordenación del turismo.

Por último, en relación con el art. 149.1.8 CE, argumenta la representación procesal del Gobierno de Canarias que la ley autonómica se limita a establecer un derecho de adquisición preferente pero sin introducir innovación alguna en dicho instituto privado, pues expresamente se remite a lo previsto para el retracto legal de los copropietarios. Así entiende de aplicación a este caso la doctrina contenida en las SSTC 170/1989, 102/1995, 156/1995 y 207/1999, en cuya virtud los efectos perseguidos por este tipo de derechos tienen un carácter instrumental y, por ello, la competencia para provocarlos está siempre en función de aquella otra sustantiva a la cual sirvan. Por tanto resulta, a su juicio, incuestionable la competencia autonómica para establecer este derecho pues se incardinaría en la competencia exclusiva en materia de turismo del art. 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias y se articula al servicio de finalidades constitucionales que están estrechamente vinculadas a los objetivos de la legislación canaria en materia turística, pues se configura como un mecanismo establecido para la efectiva implantación del principio de unidad de explotación.

Concluye solicitando al Tribunal que tenga por formulado en tiempo y forma escrito de alegaciones y que, en su día, dicte Sentencia por la que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

9. La Presidenta del Senado, mediante escrito registrado el día 15 de abril de 2002, comunica que la Cámara se persona en el proceso, ofreciendo su colaboración.

10. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el día 18 de abril de 2002, en el que expone, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, señala que no existe coincidencia entre el precepto constitucional que se entendía vulnerado en la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, el art. 149.1.8 CE, con aquellos que se reputan vulnerados en el Auto de planteamiento, en el que también se incluyen los arts. 14 y 38 CE. Dado que las partes abordaron la oposición del precepto de la ley canaria con los arts. 14 y 38 CE, lo importante para el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 CE sería que tanto el precepto de legalidad ordinaria como el de la Constitución respecto a los que abrió inicialmente el trámite de audiencia aparecen en el Auto final sin que importe, pues se ha cumplido el fin previsto de la colaboración entre el juez y las partes, que se hayan agregado en el Auto determinados artículos de la Constitución Española introducidos por las partes en el trámite de alegaciones.

Señalado lo anterior, aborda el examen del fondo del asunto planteado centrado en el derecho de retracto establecido a favor de los titulares de una unidad de explotación turística o en su defecto de las empresas explotadoras que tiene por objeto las unidades alojativas enajenadas no destinadas a la actividad turística. Para ello analiza el contenido de la competencia estatal en materia de Derecho civil, tal como la misma se formula por el art. 149.1.8 CE, y constata la falta de competencia de la Comunidad Autónoma en la materia. A continuación señala que el derecho que crea el precepto cuestionado puede ser calificado como propio de la legislación civil, pues regula derechos reales que afectan a las relaciones entre particulares, en cuanto su ejercicio supone la privación de un derecho de propiedad a un adquirente de un inmueble para otorgárselo a otro con carácter preferente; limita la libre disponibilidad de un bien por su titular que viene obligado a vender a la persona designada o, en su defecto, a la posterior destrucción de la venta y tiene, por último, una eficacia *erga omnes* en cuanto a la nueva propiedad. Por último señala que el retracto cuestionado regula una preferencia entre particulares lo que, unido a la falta de explicación entre la vinculación del interés público y el principio de unidad de explotación, abona la tesis de que la regulación del precepto es enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídico-real que pudiera confundir su regulación con derecho administrativo. Por ello, aludiendo a la jurisprudencia constitucional

en la materia (con cita de las SSTC 150/1998, 170/1989, 102/1995 y 156/1995), estima que se está regulando un sistema de acceso a la propiedad primando a unos particulares sobre otros y limitando una facultad de disponer que va ínsita en el dominio cuya regulación corresponde al legislador estatal, razón por la cual defiende que el precepto ha de ser declarado inconstitucional, al invadir la competencia del Estado en materia de legislación civil.

Por último, el Fiscal General del Estado desecha que la disposición cuestionada sea contraria a los arts. 14 y 38 CE. En cuanto a la vulneración del art. 14 CE, el Ministerio público entiende que la exclusión del derecho de adquisición preferente de las transmisiones de unidades alojativas destinadas a la actividad turística y de los titulares de unidades alojativas no destinadas a dicha actividad puede ser considerada como justificada en atención a los fines perseguidos de promoción del turismo, abogando por un sistema de concentración de los servicios turísticos en empresas especializadas, ya sean unidades de explotación o empresas explotadoras. Tampoco aprecia que la disposición cuestionada se oponga a la libertad de empresa del art. 38 CE pues la concesión de un derecho de retracto a los titulares de unidades de explotación o de empresas explotadoras no puede llegar a provocar una restricción del derecho a iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial ni crear una situación restrictiva del mercado.

Por todo lo expuesto, el Fiscal General del Estado concluye solicitando que se acuerde la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

11. Por providencia de 28 de febrero de 2012 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de marzo de 2012.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, cuestiona la constitucionalidad de la disposición transitoria única, apartado 4, de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por posible vulneración de los arts. 14, 38 y 149.1.8 CE.

El precepto cuestionado tiene el siguiente tenor literal:

«4. La transmisión de cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística, a los efectos del cumplimiento del principio de unidad de explotación, llevará implícita un derecho de adquisición preferente a favor de los titulares de las unidades en explotación cuya forma de ejercicio se ajustará a los previsto para el retracto legal de los copropietarios.

De no ejercitarse el derecho de adquisición antes referido, gozará del mismo, y en idénticas condiciones, la empresa explotadora.»

Este precepto establece un derecho de adquisición preferente, ejercitable en la misma forma que el retracto legal de los copropietarios regulado en el Código civil, a favor de los titulares de unidades alojativas, esto es propietarios de inmuebles que estén siendo objeto de explotación turística por ofrecer alojamiento de ese tipo, y, en segundo término, de la empresa dedicada a esa actividad. El establecimiento de dicho derecho por la legislación autonómica es considerado por el órgano judicial *a quo* como contrario a la reserva competencial a favor del Estado que, en materia de Derecho civil, se establece en el art. 149.1.8 CE, así como vulnerador del principio constitucional de igualdad ante la ley, del art. 14 CE, y de la libertad de empresa establecida en el art. 38 CE.

2. Antes de comenzar el análisis de la cuestión planteada, han de precisarse previamente dos aspectos de índole procesal relativos, el primero, a la vigencia del precepto cuestionado y, el segundo, suscitado por el Ministerio Fiscal, a la existencia de discrepancias,

en cuanto a los preceptos constitucionales que se reputan vulnerados, entre la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia, que únicamente cita el art. 149.1.8 CE, y el Auto de planteamiento que añade, además de aquél, los arts. 14 y 38 CE.

En cuanto a la primera cuestión, la misma se suscita porque la disposición cuestionada fue derogada expresamente por el art. 11 de la Ley del Parlamento de Canarias 2/2000, de 17 de julio, de medidas económicas en materia de organización administrativa y gestión relativa al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de establecimiento de normas tributarias, por lo que el apartado cuestionado no está en vigor en el momento de resolver el presente proceso constitucional. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de procedimientos ante el Tribunal Constitucional, en las cuestiones de inconstitucionalidad la derogación o modificación de la norma cuestionada no provoca automáticamente efectos, que «vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo» (STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 2, entre otras muchas). Así, tomando como criterio el de la eventual aplicación del apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 marzo, al proceso que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad, hay que tener en cuenta que, como el mismo Auto de planteamiento razona, el precepto cuestionado constituye la base del proceso *a quo*, pues el mismo es un juicio de retracto iniciado por la entidad mercantil actora en aplicación directa de lo previsto por la disposición cuestionada. Por ello, en la medida en que el precepto cuestionado resulta de aplicación en el proceso *a quo* y que de su validez depende la decisión a adoptar por el órgano judicial, debe ser enjuiciado en el presente proceso constitucional.

En cuanto al segundo problema procesal suscitado, la delimitación de la cuestión, hemos de partir de que, conforme a nuestra doctrina (STC 139/2008, de 28 de octubre, FJ 4) resulta «inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado, en principio, a elevar la cuestión de inconstitucionalidad únicamente sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (ATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada), si bien el órgano judicial puede precisar, modificar o ampliar, en función de las observaciones recibidas, el parámetro de constitucionalidad planteado inicialmente al abrir el trámite de audiencia [SSTC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 1 a), 84/1993, de 8 de marzo, FJ 1 b), y 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2]». Tal es lo que ha acontecido en el presente caso, puesto que los arts. 14 y 38 CE fueron incluidos por el Ministerio Fiscal y la parte demandada en las alegaciones en su momento formuladas a favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y posteriormente introducidos en el Auto de planteamiento. Por ello, dado que las normas constitucionales que se estiman infringidas han sido objeto de las alegaciones de las partes, y por tanto de debate procesal, nada hay que reprochar al parámetro de constitucionalidad propuesto por el órgano judicial.

3. Despejadas las anteriores cuestiones, cabe ya afrontar la duda de constitucionalidad que se plantea. A tal efecto comenzaremos nuestro análisis por la imputación relativa a la vulneración del art. 149.1.8 CE, precepto que atribuye al Estado, en su primer inciso, competencia exclusiva en materia de «legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito, de lo que puede derivarse que no existe actualmente, respecto de la Comunidad Autónoma de Canarias una «garantía de foralidad civil» (STC 88/1993, de 12 de marzo) que le permita el desarrollo de un propio Derecho civil, especial o foral. Este extremo es expresamente reconocido por las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Canarias, las cuales admiten en sus alegaciones la inserción del régimen jurídico de la institución del derecho de adquisición preferente en el ámbito de la legislación civil de competencia exclusiva del

Estado, afirmando, sin embargo, que la cobertura competencial del precepto cuestionado se encontraría en el art. 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias, que otorga a dicha Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de turismo.

Tal como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, lo planteado en cuanto al fondo del asunto resulta ser si los copropietarios o la empresa que realiza las tareas de explotación turística previstas en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, pueden ejercer el derecho de adquisición preferente en relación con las ventas de inmuebles no destinados a la actividad turística en un edificio o complejo sujeto a explotación de esta naturaleza. El controvertido derecho de adquisición preferente se ha establecido en atención al denominado «principio de unidad de explotación», bajo el cual, de acuerdo con la legislación autonómica en la materia, debe efectuarse «la explotación turística de los establecimientos alojativos, en sus distintas modalidades» y que se encuentra regulado en los arts. 38 y siguientes de la ley citada, en la redacción que les da la Ley 5/1999, de 15 de marzo, que incluye la disposición transitoria única, cuyo apartado cuarto es objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad, para introducir mecanismos de aplicación del principio de unidad de explotación. Por tal principio se entiende «el sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos, conjunto unitario de construcciones, edificios o parte homogénea de los mismos, cuyas unidades alojativas habrán de estar destinadas en su totalidad a la actividad turística a la que quedan vinculadas, procediendo la constancia registral de esta vinculación en los casos y términos previstos en la legislación específica sobre la materia.» (art. 38.2 de la Ley 7/1995). De lo dicho anteriormente puede deducirse que, para el legislador autonómico, el derecho de adquisición preferente ahora cuestionado no es más que un instrumento al servicio de la consecución de esa finalidad, alcanzar una unidad de gestión en las explotaciones que ofrecen servicios de alojamiento turístico entendido éste como estancia temporal sin constituir cambio de residencia de la persona alojada en un establecimiento abierto al público y mediante precio (art. 31 de la Ley 7/1995), en las que existen, tanto inmuebles destinados a dicha actividad, como otros no sujetos a esa explotación turística, lo que determinaría que el referido derecho de adquisición preferente regulado en el precepto cuestionado pudiera ser establecido por la Comunidad Autónoma actuando en el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de turismo.

4. Para verificar el ajuste constitucional de esta posición autonómica, hay que partir de la premisa, marcada por nuestra propia doctrina, de que el derecho de adquisición preferente o de retracto, pues 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). No obstante, también conforme a nuestra doctrina, la proclamada naturaleza civil de la institución y de su regulación no impide que puedan existir derechos de retracto establecidos por la legislación administrativa a favor de la Administración para determinados supuestos y respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima, lo cual no implica una regulación de esa institución sino un uso de la misma por la Administración pública, previa constitución por la ley, con sometimiento al régimen jurídico previsto en el Derecho civil sin modificación o derogación alguna de la legislación civil en materia de retracto. En esos casos los efectos perseguidos con el indicado derecho tienen siempre un carácter instrumental, por lo cual la competencia para regularlos está siempre en función de la competencia sustantiva a la cual sirvan. En tal sentido existe ya una consolidada doctrina constitucional que ha sido sintetizada en la STC 207/1999, de 11 de noviembre (FJ 5). En ella declaramos que, no obstante la regulación del derecho de retracto corresponde a la competencia exclusiva del Estado en cuanto que tal derecho es parte integrante de la legislación civil, se reconoce también, como previamente en las SSTC 170/1989, de 19 de octubre, y 102/1995, de 26 de junio, que ello no excluye que el derecho de retracto

pueda «constituirse en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las Comunidades Autónomas haya asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan».

5. Hasta la fecha, por tanto, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en materia de derecho de retracto para referirse a la creación del mismo en favor de las Administraciones públicas, atendiendo a la condición del retracto como instrumento al servicio de finalidades constitucionales como la protección del medio ambiente ex art. 45 CE (SSTC 170/1989, de 19 de octubre; 102/1995, de 26 de junio y 156/1995, de 26 de octubre), o bien ínsitas en la normativa sobre urbanismo y vivienda en acomodación a los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 33.2 y 47 CE (STC 207/1999, de 11 de noviembre). De esta manera, hemos entendido que el establecimiento de esta suerte de derecho real administrativo, constituido por el retracto a favor de una Administración pública, se justificaba por la existencia de una finalidad pública constitucionalmente legítima a cuyo servicio se encontraba una competencia sustantiva autonómica, respecto a la cual este derecho tenía una finalidad puramente instrumental. Este carácter instrumental implicaba que determinadas relaciones en las que intervenía una Administración titular de competencias sectoriales quedasen excluidas, como se ha visto, del ámbito estricto del art. 149.1.8 CE para pasar a quedar integradas en la competencia sectorial autonómica correspondiente.

Sin embargo, el caso que ahora examinamos presenta diferencias con los anteriormente resueltos por este Tribunal Constitucional. En tal sentido es de apreciar que el precepto cuestionado no constituye el derecho de retracto a favor de una Administración pública sino que el mismo se ha establecido en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado. De ahí que, frente a lo alegado por las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Canarias, no resulte aplicable la doctrina antes reproducida, pues el precepto no se refiere a la Administración autonómica ni tampoco permite inferir que la misma forme parte de la relación jurídica que subyace al derecho de adquisición preferente y constituye su presupuesto. Por el contrario, el mismo ha dispuesto un nuevo supuesto de constitución del retracto en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares para la consecución de una finalidad establecida legislativamente en el seno de una determinada política sectorial, en este caso la turística, de competencia autonómica.

Teniendo presente lo anterior, hemos de diferenciar cuidadosamente 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, pues las primeras constituirán reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil. En este caso, la naturaleza de la norma impugnada nos revela que está destinada a regular relaciones *inter privados*. En efecto, la norma determina tanto los sujetos a favor de los que establece el derecho de adquisición preferente (titulares de inmuebles que ya están siendo objeto de explotación turística en un determinado edificio o complejo o, en su defecto, la empresa explotadora), como los bienes que van a ser objeto del mismo (determinados inmuebles de propiedad privada no destinados a la actividad turística en ese mismo edificio o complejo). Desde este punto de vista, el precepto presenta una indudable conexión con el tercer párrafo del art. 396 del Código civil, si bien la citada regla de Derecho común excluye, en el caso de enajenación de un piso o local, que, por ese sólo título, los dueños de los demás puedan ser titulares de derechos de tanteo y retracto. De este modo, el apartado cuestionado incide en un ámbito propio del Derecho privado, en particular civil, como es el de las relaciones contractuales establecidas en enajenaciones de inmuebles entre particulares, privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada. Este efecto se produce porque el retracto supone el otorgamiento de una preferencia adquisitiva que otorga a su titular, en este caso el propietario de otro inmueble en el mismo complejo de

que se trate o, en su defecto, la empresa turística dedicada a la explotación de los mismos, el poder de desviar, por su sola voluntad, el impulso transmisivo subyacente al negocio jurídico celebrado entre el propietario del inmueble y un tercero, subrogándose en los derechos y acciones del comprador y asumiendo, por su parte, las condiciones estipuladas en el negocio jurídico celebrado. De esta forma la norma cuestionada está atribuyendo a determinadas personas privadas, a las que reconoce el derecho de adquisición preferente previsto por la misma, el poder de modificar, extinguir o constituir una determinada relación jurídica por su sola voluntad, interfiriendo de ese modo en el contrato celebrado por otros sujetos, siempre que se den las circunstancias y presupuestos previstos por el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999.

6. A la vista de lo expuesto, debemos considerar que la regulación controvertida es enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídica que pudiera confundir su regulación con Derecho administrativo que permitiera incardinarla en el ámbito de la legislación turística de competencia de la Comunidad Autónoma.

Por lo expuesto, como quiera que la Comunidad Autónoma de Canarias no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del derecho de adquisición preferente contenida en el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999 en cuestión se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo.

Alcanzada la anterior conclusión, la misma nos exime de pronunciarnos sobre el resto de las vulneraciones constitucionales alegadas, pues, apreciada la inconstitucionalidad del precepto y su consiguiente nulidad (art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ello determina su expulsión del ordenamiento jurídico.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar que el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, es inconstitucional y, por tanto, nulo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a uno de marzo de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.