

Derecho de los contratos



Debate jurídico

La oponibilidad de los acuerdos comunitarios limitativos de viviendas de uso turístico

Coordinador: Alejandro Fuentes-Lojo Rius

*Socio de Fuentes Lojo Abogados
Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña
Diputado de la Junta de Gobierno del ICAB*

Participan: Antonio Salas Carceller, Vicente Magro Servet, Francisco M. Echeverría Summers y Josep María Espinet Asensio

Resumen: *El art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que los acuerdos de limitación de la actividad de vivienda de uso turístico y por los que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad no tendrán efectos retroactivos. ¿Qué se entiende por «efectos retroactivos»?*

Palabras clave: Título constitutivo, acuerdo comunitario, propiedad horizontal, comunidad de propietarios, vivienda de uso turístico, irretroactividad, oponibilidad, eficacia, acción de cesación, derecho de propiedad, gastos comunes.

Abstract: *Section 17.12 of the Condominium Property Act establishes that agreements limiting the activity of housing for tourist use and establishing special expense quotas or an increase in the share of the common expenses of the dwelling where such activity is carried out will not have retroactive effects. What is meant by "retroactive effects"?*

Keywords: Constitutive title, community agreement, condominium property, community of condominium owners, tourist housing, non-retroactivity, opposability, effectiveness, prohibitory injunction, property right, common expenses.

I. Introducción

El nuevo art. 17.12 de la LPH introducido por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, elimina el rígido quórum legal de la unanimidad para la adopción de acuerdos de limitación de uso turístico de vivienda exigiendo un quórum reforzado de 3/5 de propietarios y cuotas, en la línea de la reforma que llevó a cabo el legislador catalán en 2015 (Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales).

Debido al rígido requisito legal de la unanimidad que exige el art. 17.6 de la LPH para la adopción de acuerdos de aprobación y/o modificación del título constitutivo y de los estatutos comunitarios, resultaba en la práctica cuasi imposible la aprobación de normas prohibitivas del ejercicio de determinadas actividades en el inmueble, impidiendo pues que la comunidad pudiese dotarse del marco regulatorio que mejor se ajustase a sus particularidades e intereses concretos. Existía en la práctica un derecho de veto del propietario disidente que impedía la aprobación de normas que prohibieran o limitaran la actividad de arrendamiento de viviendas para uso turístico en el edificio (1).

Para dotar a las comunidades de propietarios de un mayor dinamismo en su funcionamiento y garantizar la eficacia de su facultad autorregulatoria el RDL 7/2019 de ha rebajado el quórum legal de la unanimidad a una mayoría de 3/5 de propietarios y cuotas para la adopción de este tipo de acuerdos específicos (2).

Conviene puntualizar que no es necesario que esta mayoría cualificada se produzca en el seno de la junta de propietarios, ya que estamos ante un acuerdo de formación sucesiva.

La reforma se limita a esta modificación estatutaria concreta de limitación de actividad de viviendas para uso turístico, y por tanto, a salvo de lo que digan los tribunales, continúa siendo exigible la unanimidad para adoptar acuerdos de modificación de estatutos sobre limitaciones de otro tipología de alojamiento turístico (hostal, pensión, etc.), u otras actividades (bar restaurante, discoteca, etc.).

Como decíamos, la cuestión planteada no planteaba problemática con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 7/2019, ya que se exigía unanimidad para la adopción de este tipo de acuerdos comunitarios. En la práctica, los propietarios de los elementos privativos en los que se habían implantado la actividad de uso turístico o que estaban interesado en implantarla en un futuro, se oponían al acuerdo e imposibilitaban que el mismo se adoptara legítimamente, impugnado judicialmente el mismo si fuere necesario.

La problemática consiste en la interpretación que debe darse a la locución utilizada por el legislador español «*estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos*» del nuevo art. 17.12 de la LPH.

El nuevo precepto legal, tal como se propuso desde la Abogacía Española (3) , podría haber sido más conciso en cuanto al alcance de dicha «irretroactividad», y determinar si estos acuerdos vinculan a los propietarios que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a)** Propietarios disidentes que en el momento de la adopción del acuerdo no hubieran iniciado la actividad de uso turístico en su vivienda ni hubieran realizado actos preparatorios para ello, pero que tenían expectativas de realizar dicha actividad en un futuro;
- b)** Propietarios disidentes que, aun no habiendo iniciado dicha actividad, hubieran realizado actos preparatorios para ello, como es la solicitud de la habilitación administrativa necesaria para realizar dicha actividad;
- c)** Propietarios disidentes que hubieran iniciado la actividad en el momento de adopción del acuerdo de prohibición.

Tampoco el precepto legal exige que el propietario tenga que oponerse al acuerdo para que no le vincule, lo cual puede constituir un requisito necesario en virtud de la doctrina de los actos propios (SSTS de 9 de abril de 2015 y de 6 de febrero de 2014).

Si bien hasta la fecha no existen precedentes jurisprudenciales sobre la aplicabilidad de este nuevo precepto legal, sí que existe una primera resolución de carácter administrativo, la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 19 de diciembre de 2019, que declara que es insuficiente el quórum de 3/5 de propietarios y cuotas para la adopción de un acuerdo comunitario de autorización de uso de vivienda turística prohibido en los estatutos, siendo exigible el quórum de unanimidad en aplicación del art. 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal. Lo relevante de dicha Resolución a los efectos que aquí nos planteamos, es la interpretación que hace el Notario recurrente respecto del concepto de irretroactividad del acuerdo previsto en el art. 17.12 de la LPH. A su juicio, dicho quórum especial (3/5) no es de aplicación cuando en dicha comunidad de propietarios ya se hubiere regulado la cuestión del uso de viviendas turísticas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal, esto es, con anterioridad a 6 de marzo de 2019. Si bien sobre esta cuestión no se pronuncia la Dirección, es una interpretación a tener en cuenta que veremos si es acogida por los tribunales cuando se plantee la problemática en dicho foro (4) .

II. Opinión de los expertos

Antonio Salas Carceller. Magistrado del Tribunal Supremo, Sala Primera

El artículo 5 de la LAU 1994 dispone, en su apartado e), que no es aplicable dicha Ley a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Se trata de un supuesto distinto del conocido tradicionalmente como «arrendamiento de temporada», que sí queda sujeto a la LAU pero se considera como arrendamiento para uso distinto del de vivienda dado que su finalidad no es la de satisfacer la necesidad permanente de la misma.

Estos contratos de cesión temporal de uso de apartamentos turísticos han creado ciertos problemas de convivencia respecto del resto de vecinos del edificio que residen allí con carácter permanente, lo que ha dado lugar a que el legislador contemple aquellos acuerdos en que de cualquier forma la comunidad de propietarios vaya a condicionar o limitar el uso de viviendas o apartamentos que forman parte de la comunidad, para evitar los inconvenientes o molestias que pudieran derivarse de ese tipo de utilización.

Por esta razón se ha añadido al artículo 17 LPH un nuevo apartado 12, por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, según el cual «El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de

Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

Parece claro que no se producirán tales efectos retroactivos en cuanto a los contratos de cesión que se estén cumpliendo en el momento de adopción del acuerdo, o sea que no afectarán tales acuerdos restrictivos al propietario-arrendador ni al cesionario que se encontrare en el uso de la vivienda o apartamento en el momento en que deba producir efecto el acuerdo en cuestión.

Esto sin perjuicio de que rijan las limitaciones de carácter general previstas en la ley o en los estatutos de la comunidad acerca del régimen de utilización de espacios comunes e incluso privativos, que ya de por sí pueden comportar alguna limitación, que sería aplicable igual que respecto de cualquier arrendatario.

Sí entiendo, por el contrario, que deben aplicarse los nuevos acuerdos —que restrinjan la cesión (art. 17.12 LPH)— a los contratos que, aunque se hayan celebrado con anterioridad a su efectividad, aún no haya llegado el período de cesión y, por tanto, de cumplimiento por parte del cedente. En estos casos no se trata de retroactividad, según entiendo, porque los acuerdos se aplican a cesiones que se producen de hecho en fecha posterior a la vigencia de los acuerdos. En caso contrario, se daría la circunstancia —no querida por la ley— de que quedaran fuera de las limitaciones los casos en que un propietario haya celebrado a principio de año un número de contratos que ocupen por fines de semana el apartamento o apartamentos durante todo el año.

La irretroactividad entiendo que cobra pleno sentido en cuanto se refiere al establecimiento de cuotas especiales o incremento de las existentes, las cuales sólo podrán ser exigidas en relación con el período posterior a la adopción del acuerdo. Quizás pudiera pensarse, incluso, que cuando el legislador excluye la retroactividad se está refiriendo únicamente a la cuestión de la mayor aportación económica, ya que la expresión «estos acuerdos» puede estar en relación sólo con los inmediatamente anteriores, a efectos de que la comunidad no pueda decidir que se devenguen esas sumas desde un momento anterior en que se pudiera estar realizando esa actividad, previamente a la adopción del acuerdo.

Vicente Magro Servet. Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

La pregunta tiene sus matices prácticos que vamos a exponer. La no retroactividad de la normativa de acuerdos de limitación o condición del alquiler vacacional supone un auténtico error, al punto de que estas normas de regulación mejoran el sistema de ejercicio del alquiler vacacional y la «convivencia» del régimen del derecho del propietario a alquilar su inmueble por el sistema que más le parezca, siempre que cumpla con la legalidad y el derecho de los comuneros a que este derecho no se ejerza causando daños y molestias al resto de la comunidad.

Al fin y al cabo si se adoptan normas que regulan esa convivencia de ambos derechos la no retroactividad supone que, en principio, pueda parecer que si se regula cómo se ejerce el alquiler vacacional, los que ya estaban dados de alta ante la Administración podrán alegar que no les afecta lo que se apruebe.

Pues bien, en principio deberá entenderse que la comunidad no podrá adoptar acuerdos que afecten el alquiler vacacional a los comuneros que ya vienen ejerciendo el alquiler vacacional. Pero siempre y cuando estén en regla con la Administración. Esto es, que se hayan inscrito y tengan la correspondiente licencia y estén dados de alta.

Sin embargo, esta medida de prohibición sí que podrá afectar a aquellos comuneros que se dedicaban al alquiler vacacional, pero no estaban dados de alta en el registro, ni legalizada su situación y no disponían de su documentación en regla, con lo que aquellos que a la fecha de entrada en vigor de la reforma, no tenían habilitación administrativa para dedicarse al alquiler vacacional podrán hacerlo, pero la comunidad sí que les podrá aplicar la medida de condición o limitación por acuerdo de 3/5 con voto presunto del ausente.

Esta medida deberá incluirse, en el caso de aprobarse, en la modificación estatutaria e inscribirse en el registro de la propiedad, ya que de no hacerse así no perjudicará a los terceros adquirentes después del acuerdo, los cuales no quedarían afectados por la prohibición en el caso de adquirir una casa en un edificio donde se haya aprobado esta medida. Sí que quedarán afectados los comuneros que sí residían en el inmueble y no impugnaron el acuerdo, aunque de no hacerlo podrían alegar abuso de derecho o ausencia de justa causa para esta prohibición, como hemos explicado.

En conclusión, que aunque se adopten estas medidas, aquellos comuneros que tengan en regla su destino al alquiler vacacional, bien de forma privada, o en plataformas de oferta de este servicio no quedan afectados por cualquier limitación que pretenda adoptar la junta, y solo lo estarían los que no estén en regla, o los que quieran dedicar su inmueble al alquiler vacacional en el caso de adoptarse este acuerdo. Ciertamente es que los promotores de viviendas también podrían incluir en su título constitutivo directamente estas limitaciones o régimen regulador del alquiler vacacional, con lo que se aplicaría ya a todos los adquirentes.

Sin embargo, si se establecen este régimen regulador en el que se incluyen normas de convivencia, requerimientos a los arrendadores cuando sus vecinos molesten, o advertencias de instar la acción de cesación si no se atienden los requerimientos, ¿quiere decir esto que no podrían afectar a quién ya estaba de alta? En absoluto, porque la aplicación del art. 7.2 LPH, o del art. 533.40 para Cataluña de la Ley 5/2006 o el régimen de actividades dañosas, los que se aplicarán en cualquier caso por no afectar a la irretroactividad, sino al régimen normal de la LPH en cuanto a daños, y molestias.

Francisco M. Echeverría Summers. Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la UB y en la UNIR. Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña

La modificación introducida en el art. 17 de la LPH por el RD Ley 7/2019, de 1 de marzo, ha generado importantes dudas interpretativas en relación con su alcance. Una de ellas es la referente a la eficacia de la misma y, en concreto, a la significación que tiene el hecho de que se diga que el acuerdo de limitación de la actividad de uso turístico o de establecimiento de cuotas especiales de gastos no tendrá efectos retroactivos.

Resulta incuestionable que dicho precepto tiene su antecedente inmediato en el régimen especial de la propiedad horizontal previsto en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña y, muy especialmente, en la interpretación que de sus preceptos ha efectuado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, entre otras, en su sentencia de 19 de mayo de 2016. Interpretación que no comparto, ya que no responde a lo que fue el espíritu de la ley, en cuya formación tuve la fortuna de participar.

En realidad, el problema reside en determinar la eficacia de las limitaciones de actividades previstas en los estatutos y aprobadas de forma sobrevenida. Dicha circunstancia no ha planteado problemas hasta la fecha en la legislación estatal, ya que las modificaciones estatutarias se encontraban sujetas al riguroso régimen de la unanimidad y, por consiguiente, sólo podían alcanzarse estas prohibiciones de forma sobrevenida con el consentimiento de todos y cada uno de los propietarios.

La duda surge en cuanto se permite la posibilidad de aprobar estas limitaciones voluntarias de actividades sin necesidad de obtener la aprobación de la unanimidad de los propietarios, como pasa en el vigente art. 553-26.2 a) del Código Civil de Cataluña, que prevé el régimen de cuatro quintas partes de propietarios, que representen las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para la aprobación de modificaciones estatutarias, o como pasa ahora con el art. 17.12 LPH, tras la reforma introducida en el año 2019 a la que he hecho referencia, y que permite la adopción de las medidas restrictivas de la actividad de arrendamiento turístico con la reforzada de tres quintas partes de propietarios y cuotas de participación.

Debe recordarse, igualmente, que hasta el año 1999 la Ley de Propiedad Horizontal sólo otorgaba a los estatutos la función de permitir actividades, no de prohibirlas. De hecho, el tenor original del art. 7 LPH decía: «Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en

él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». Esto supone que las modificaciones sobrevenidas relativas a actividades lo eran, por regla general, para ampliar el ámbito de facultades del dominio, tal y como se encontraba en el momento de su adquisición, no para restringirlo.

Luego, la pregunta con la regulación actual es ¿qué eficacia tiene en el derecho de dominio de un propietario disidente con el acuerdo una restricción de actividad impuesta por la comunidad de propietarios sin que concurra su consentimiento?

En mi opinión, el error del legislador se encuentra en flexibilizar la adopción de acuerdos que prohíban actividades en los pisos o locales, ya que soy contrario a las mismas; por cuanto que los derechos de los particulares integrantes de estos colectivos, ya están suficientemente garantizados por las prohibiciones generales que marca la ley respecto de las actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas e ilícitas.

La prohibición voluntaria de actividades en el seno de las comunidades, como alteración sustancial del derecho de propiedad, habría de requerir la unanimidad y, en cualquier caso, estar justificadas en un interés lícito y legítimo, ya que, de otra manera, lo que estamos poniendo son obstáculos para el normal desarrollo de nuestras ciudades y la prestación de servicios básicos para las mismas. De hecho, hace no mucho tiempo ya tuve la oportunidad de exponer en este mismo foro mis discrepancias con la interpretación laxa que hacen los tribunales de la habilitación legal, permitiendo que se prohíban ya no sólo actividades, sino también formas de explotación, como puede ser el prohibir a los propietarios que arrienden sus viviendas por habitaciones, o exigir que las viviendas sólo puedan ser arrendadas a familias, dificultando así el desarrollo de modalidades que desde muchos ámbitos del sector público se está manejando como forma útil de futuro para garantizar el derecho de acceso a una vivienda.

El hecho de que se puedan incluir prohibiciones de actividad, alterando sustancialmente el dominio de los particulares sobre sus elementos privativos, sin necesidad del consentimiento de todos, hace que nos encontremos con dilemas como el que ocasiona la presente consulta, y que en la práctica han llevado a los tribunales a encontrar soluciones absolutamente confusas e insatisfactorias.

Efectivamente, los tribunales se presentaron en Cataluña con el dilema de tener que dilucidar el efecto que tiene una prohibición sobre una facultad del dominio acordada de forma sobrevenida en el seno de la comunidad y no consentida por algún propietario en cuestión singularmente considerado. La protección de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos, les llevan a defender lo que llaman de forma defectuosa «irretroactividad» del acuerdo. ¿Acaso alguien duda de que cualquier acuerdo adoptado en junta tiene eficacia sólo a partir de su adopción? Nadie está pensando que la comunidad pueda exigir responsabilidad al propietario por haber llevado a cabo una actividad concreta con anterioridad a la fecha de aprobación del acuerdo de desarrollo de la misma en el seno de la comunidad; por lo que es incuestionable que la eficacia no será retroactiva. Se confunde así entre lo que es la retroactividad del acuerdo, con lo que es su oponibilidad frente a determinados propietarios. De manera que, lo que de verdad se pretende al hablar de irretroactividad de la eficacia, es entender que esa alteración sustancial de una de las facultades del dominio no afectará y, por consiguiente, no será oponible a la esfera dominical del propietario en el estado en el que se encontraba dicha esfera cuando adquirió, quedando, respecto al mismo, la eficacia del acuerdo condicionada al momento en el que transmita dicho dominio.

Esta teoría interpretativa que adoptó el TSJC en sus sentencias de 19 de mayo de 2016 y 24 de enero de 2019, partía de la base de que una prohibición estatutaria de cambio de destino no puede ser oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad, por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 CE.

El no perjuicio a tercero de las cláusulas estatutarias no inscritas (inoponibilidad) estaba ya previsto en el art. 5 LPH y, evidentemente, tiene que ver con las decisiones adoptadas antes de la adquisición del dominio. Cosa distinta son los acuerdos que pueda adoptar la junta de propietarios de forma sobrevenida, los cuales, tal y como establece el art. 553-30 CCCat. son obligatorios y vinculan a todos los propietarios, incluso a los disidentes, desde el momento de su adaptación.

Luego, si la ley permite la adopción de prohibiciones de actividad por vía estatutaria por acuerdo adoptado por mayoría especial de cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, si el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de las mismas en sus sentencias 301/1993 y 28/1999, la consecuencia sería que el acuerdo adoptado sería vinculante para todos los propietarios desde el momento de su adopción, sin excepción alguna, siendo así que la única vía que tendrían los propietarios para oponerse a los mismos sería impugnarlos por considerarlos gravemente perjudiciales.

Dicho problema interpretativo se pretende salvar en la norma estatal con la inclusión expresa de la mención a que esos acuerdos no tienen efecto retroactivo, aunque el problema ahora estriba en el hecho de que, al no hacer distinción alguna entre propietarios que hubieran votado a favor y en contra, podría entenderse que no se aplica a ningún propietario adquirente anterior al acuerdo, sino que su virtualidad lo será únicamente a medida en que vayan transmitiendo a terceros su dominio y siempre condicionado a que los acuerdos se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad. Por la línea seguida por los tribunales, entiendo que lo que se impondrá es considerar que el acuerdo es vinculante de forma inmediata para los propietarios que hayan votado a favor o se hayan adherido al acuerdo, mientras que no será oponible hasta el momento de la transmisión de la propiedad para los disidentes.

Josep Maria Espinet Asensio. Abogado

Un acuerdo de esta naturaleza, adoptado válidamente con el *quorum* reforzado de las tres quintas partes de propietarios y cuotas, comporta sin duda una decisión comunitaria que incide directamente en el derecho de propiedad exclusiva que ostentan los miembros de la comunidad de propietarios, y ello en el sentido de que el contenido de su derecho va a verse en cierto modo restringido o limitado tras el acuerdo en comparación con el que tenía en el momento de la adquisición.

El principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE supone dotar de certeza y seguridad a los derechos subjetivos de los particulares, lo que requiere un escrupuloso respeto de los derechos adquiridos, sin que sean dables, salvo justificadísimas razones de interés general, mutaciones retroactivas de aquellos derechos, sin contar para ello con el consentimiento de su titular. La seguridad jurídica comporta también certidumbre de los fenómenos que pueden determinar la pérdida o extinción de los derechos subjetivos tal y como fueron adquiridos, puesto que el respeto de las titularidades no tiene que ser necesariamente absoluto.

En el ámbito de la propiedad horizontal, la amplitud de goce de que dispone la propiedad del departamento privativo, vivienda o local, siempre que el goce o uso sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal, es y debe ser la regla general. Ciertamente, dicha amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo, por normas estatutarias, o por la soberana decisión de la comunidad de propietarios, siempre dentro del debido respeto a la ley y a los derechos adquiridos.

Sentado lo anterior, por todos conocido y aceptado, ¿qué significado o sentido debe darse a la locución «no tendrán efectos retroactivos» a la que alude la norma que comentamos en su último inciso?

Por algunos se ha sostenido que tal irretroactividad se refiere a que dicho quórum especial no es de aplicación cuando en la comunidad ya se hubiere regulado la cuestión del uso de viviendas turísticas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal, esto es, con anterioridad a 6 de marzo de 2019. Otros, más voluntaristas, pero obviando la cuestión de la seguridad jurídica, han apuntado que la irretroactividad no significa que no pueda afectar a los propietarios que ya lo sean en el momento de adoptarse el acuerdo, sino que sólo se salvan aquellos que ya entonces vinieran desarrollando esas actividades, afectando en cambio al resto de propietarios.

Lo cierto es que el nuevo art. 17.12 LPH adolece de la necesaria claridad que hubiera sido deseable en la norma, más si se tiene en cuenta que en los trabajos preliminares se había apostado por seguir la senda catalana sobre la reducción de quóruns, y se disponía ya entonces del valioso material jurisprudencial expresado en las conocidas SSTSJCat de 19 de mayo de 2016 y 13 de septiembre de 2018, las cuales apuntaban la idea de que los acuerdos limitadores de las

actividades que puedan realizarse en los elementos privativos, aunque no se hubieran aprobado por unanimidad sino por una mayoría reforzada, no tendrían efectos retroactivos respecto de terceros que adquirieran inmuebles sin constar inscrito el acuerdo en el Registro de la Propiedad, ni podrían afectar al propietario disidente.

En mi opinión, y sin entrar en consideraciones de técnica legislativa, el legislador del R.D.Ley 7/2019 no quiso decir otra cosa con la irretroactividad que resaltar el respeto a los derechos adquiridos de los propietarios que ya lo fueran en el momento de la adopción del acuerdo en cuestión, sobre todo de los propietarios disconformes (respecto de los conformes, en la medida que autorizan que la limitación les afecte, la irretroactividad dejaría de tener sentido para ellos). Al propietario disconforme no le sería preciso impugnar judicialmente el acuerdo para no quedar vinculado por el mismo, al ser la propia ley, no la soberana decisión de la comunidad de propietarios, la que establece que su derecho de propiedad anterior deba mantenerse incólume y al margen de los efectos del acuerdo posterior.

Se impide de este modo que los acuerdos restrictivos de un uso antes no prohibido, puedan ser opuestos a quienes adquirieron sus elementos privativos sin esa limitación, estuvieran entonces o no realizando la actividad turística, dispusieran o no de licencia o certificación administrativa de uso turístico en el momento de la adopción del acuerdo, pues la norma no distingue si se ha obtenido o no la licencia para prohibir, limitar o condicionar la actividad de vivienda de uso turístico.

La no retroactividad del acuerdo nos indica, pues, que sus efectos se proyectan hacia los futuros adquirentes de los elementos privativos y no hacia los que ya lo son en el momento de la adopción del acuerdo. Respecto de aquellos, se mantiene la regla de que sólo les sería oponible el acuerdo si éste se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la adquisición (arts. 32 y 34 LH), o si no pudieran considerarse adquirentes de buena fe, siendo, por tanto, a estos efectos irrelevante el carácter retroactivo o no del acuerdo de prohibición o limitación de usos turísticos.

III. Conclusiones

La totalidad de los expertos encuestados (4/4) coincide en que, conforme a lo dispuesto en el art. 17.12 de la LPH, los acuerdos limitativos de uso de vivienda turística del art. 5.e.) de la LAU no son oponibles a los comuneros que vinieren ejerciendo dicha actividad con anterioridad a la adopción del acuerdo comunitario, constituyendo así una excepción legal al principio de vinculación universal de los acuerdos comunitarios. Al respecto, MAGRO SERVET considera que el acuerdo vinculará a quienes vinieren ejerciendo la actividad contraviniendo la legalidad administrativa aplicable.

Más dudas plantea si dicha inoponibilidad rige en aquellos casos en que en la actividad no viniera realizándose con anterioridad a la adopción del acuerdo limitativo de uso.

SALAS CARCELLER considera que sí vincula dicho acuerdo limitativo a los comuneros que habían realizado actos preparatorios para el ejercicio de la actividad de uso turístico, poniendo como ejemplo, el caso de los titulares que han celebrado contratos de arrendamiento para esta actividad con anterioridad al momento de la adopción del acuerdo comunitario pero que aún no se han empezado a ejecutar.

Por su parte, ECHEVERRÍA SUMMERS y ESPINET ASENSIO entienden, que conforme al redactado de la norma legal, el acuerdo limitativo no debería vincular a todo comunero que hubiere adquirido la titularidad del derecho de propiedad sobre la vivienda afectada con anterioridad al momento de la adopción del acuerdo, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencias de 19 de mayo de 2016, de 13 de septiembre de 2018 y de 24 de enero de 2019) y la doctrina administrativa de la *Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya* (Resolución de 6 de febrero de 2017) respecto de la análoga normativa catalana de propiedad horizontal. Ambos juristas van más allá y plantean las dudas interpretativas que genera el silencio de la norma respecto de si para acogerse a dicha inoponibilidad es necesario haberse opuesto a la aprobación del acuerdo comunitario.

Por lo que respecta al acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un

incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, entiende SALAS CARCELLER que es en esta naturaleza de acuerdos dónde cobra pleno sentido el concepto de la irretroactividad de la norma, en tanto que estas nuevas cuotas sólo podrán ser exigidas en relación con el período posterior a la adopción del acuerdo.

NOTAS

- (1) FUENTES-LOJO RIUS, A.; «El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», Diario La Ley 15409/2018, Ed. Wolters Kluwer, 2018.
Ver Texto
- (2) FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (Coord.), «Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial», Ed. Bosch, 2019, p. 376 y ss.
Ver Texto
- (3) FUENTES-LOJO RIUS, A.; «El Real Decreto Ley 21/2018: problemática del arrendamiento de vivienda para uso turístico en las comunidades de propietarios»; <https://www.abogacia.es/2019/01/17/el-real-decreto-ley-21-2018-problematica-del-arrendamiento-de-vivienda-para-uso-turistico-en-las-comunidades-de-propietarios/>
Ver Texto
- (4) FUENTES-LOJO RIUS, A., «Insuficiencia del quórum de 3/5 de propietarios y cuotas para autorizar el uso de vivienda turística antes prohibido», Revista Sepín de Propiedad Horizontal, Ed. Sepín, 2020.
Ver Texto