

LA PENDIENTE RESBALADIZA DE LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS SOBRE ALQUILER VACACIONAL*

M. Carmen González Carrasco**
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO: I. EL NUEVO APARTADO 12 DEL ARTÍCULO 17 LPH. II. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA. III. ¿HACE FALTA UN ACUERDO COMUNITARIO PARA INICIAR LA ACTIVIDAD? IV. CONDICIONAR O LIMITAR ¿ES LO MISMO QUE PROHIBIR? V. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO E INTRODUCCIÓN DE PROHIBICIONES ESTATUTARIAS.

I. EL NUEVO APARTADO 12 DEL ARTÍCULO 17 LPH

Desde que la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, decidiera expulsar del ámbito de aplicación de la LAU a determinados arrendamientos para uso turístico o vacacional, las limitaciones al alquiler vacacional no han hecho sino deslizarse por una pendiente resbaladiza hacia su desaparición de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020 -GRIN-29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla -La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla -La Mancha” (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** Researcher ID L-3393-2014. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6452-2911>



En un primer momento, atendiendo a una consolidada jurisprudencia sobre destino estatutario actividades prohibidas¹, los tribunales comenzaron entendiendo que el destino de vivienda de los elementos privativos de un inmueble no era incompatible con la actividad de alquiler turístico. Según la STSJ Cataluña 19 de mayo de 2016)², *“La explotación de una o varias viviendas en régimen de propiedad horizontal como apartamento de uso turístico no es una actividad hotelera asimilable a los establecimientos de apartamentos turísticos, ni es de por sí una actividad molesta incompatible con la normal convivencia en comunidad. El destino de vivienda previsto en el título constitutivo no impide al propietario de un elemento privativo realizar en el mismo actividades profesionales o comerciales no prohibidas expresamente en los estatutos, salvo que sean ilícitas, contrarias a la normativa administrativa sobre actividades molestas, o sean dañosas para el edificio o la normal convivencia, circunstancia concreta que habrá de ser objeto de cumplida prueba”*.

A ello se unía, a nivel administrativo, una batería de resoluciones que parecían avalar el carácter restrictivo de las limitaciones al alquiler vacacional. Así, la STS (3ª) de STS, 3ª, 1766/2018, de 12 diciembre, dictada con ocasión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto del Gobierno de Canarias 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas Vacacionales, parecía haber revestido de autoridad el argumento que ya había expresado la CNMC en relación con muchas de las normas autonómicas analizadas en su informe E/CNMC/003/18 *“Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España”*. Según este informe, *“El reglamento infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38CE) y la libertad de*

¹ Esta doctrina parte de la distinción entre el destino fijado para un elemento en los Estatutos («disposiciones no prohibidas por la Ley en torno al uso o destino del edificio», art. 5 III LPH), y la enumeración de actividades prohibidas en los Estatutos (art. 7 II LPH; [por todas las anteriores, SSTs 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910); 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6364); 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910); 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1794); 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5705); 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1794); 24 de octubre de 2011 (RJ 2012, 431)]. Estas prohibiciones, a su vez, habrán de interpretarse por el Juzgador de forma restrictiva por su colisión con el derecho a la libertad de empresa [STS 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 9194), 30 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3443)]. Las actividades que, simplemente, parezcan contradecir el destino genérico fijado en la descripción de la propiedad horizontal [ej. la de instalación de gimnasio en local destinado a oficina objeto de la STS 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910)], sin quedar prohibidas, habrán de esperar a ser declaradas molestas, insalubres, nocivas, peligrosas, dañosas para la finca [por requerir alteración de elementos comunes, STS 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5076)] o ilícitas [por infringir la normativa sobre habitabilidad en el caso de alquiler de trasteros anejos como viviendas-apartamento, STS 22 de julio de 2009 (RJ 2009, 6488)] para encuadrarse en la sanción del art. 7.2 LPH, lo que requiere un análisis fáctico acerca de las circunstancias de la actividad y de la incidencia de la misma en las condiciones del inmueble (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, Derecho de la Construcción y la vivienda, Aranzadi 2012, 7ª ed.), pp. 896 y ss.

² Véase un comentario a esta sentencia en GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. en URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/07/El-alquiler-para-uso-turistico-de-una-vivienda-en-regimen-de-ph-no-es-una-actividad-prohibida.pdf>. 23 de julio de 2016. Con acceso el 30 de mayo de 2020.



prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales trate de excluir de aquellos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios”.

Poco a poco, las Comunidades Autónomas, en virtud de la competencia exclusiva sobre promoción y ordenación del turismo asumida en sus respectivos Estatutos de Autonomía a partir de la posibilidad abierta en el artículo 148.1.18 CE, han ido aprobando leyes de ordenación turística que exigen restricciones cada vez más intensas -y desiguales³-, que someten el inicio de esta actividad a licencia o declaración responsable y que, en su mayoría, y desde antes de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, exigen *que los estatutos de la comunidad de propietarios no contengan prohibición expresa para la actividad de alojamiento turístico.*

En lo que aquí interesa, el RDley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en vigor desde el pasado 1 de marzo⁴, justificó la urgente necesidad de modificar

³ Se detectan importantes diferencias en cuanto a aspectos tan relevantes como la nomenclatura -viviendas turísticas, viviendas de uso turístico, viviendas vacacionales-, la definición de la “habitualidad” a los efectos de incluir la actividad en la normativa turística, los requisitos de comercialización, el precio, la temporalidad, el régimen de cesión, las exclusiones del alquiler por habitaciones, incluso al tipo de suelo donde debe desarrollarse la actividad (residencial en todas menos en Galicia, que puede ser rústico), la exigencia de seguro de responsabilidad civil y los requisitos de la finca sobre la que recaen (LPH o unifamiliares). miles). Unas CCAA exigen declaración responsable y registro en el órgano designado por la Consejería competente en materia de Turismo (régimen de autorización), aunque no todas ellas exigen mostrar el número de registro en publicidad; Sólo algunas CCAA exigen períodos de estancias mínimas, máximas o ambas; algunas distinguen entre proveedores particulares y profesionales; no existe tampoco uniformidad en la prohibición/ restricción en la cesión por habitaciones, ni en los requisitos técnicos y equipamientos mínimos (mobiliario y equipamiento mínimos). No todas exigen placa identificativa exterior; sólo algunas exigen atención telefónica 24 horas, hoja de reclamaciones, información turística y Libro Registro; No todas las CCAA exigen el envío de los datos de los hospedados a la autoridad policial, ni es uniforme la exigencia de seguro de responsabilidad civil. Todo ello viene acompañado, además, de algunos supuestos de extralimitación competencial, como el de regular los límites a las indemnizaciones exigibles a los inquilinos por incumplimiento del contrato. Al respecto, Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Un balón de oxígeno para el alquiler vacacional” URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Un_balon_de_oxigeno_para_el_alquiler_vacacional.pdf. 21 de febrero de 2019.

⁴ El RDley 7/2019 es la culminación (de momento) de un proceso normativo especialmente atormentado. Su predecesor, el RD 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, fue derogado por Acuerdo del Congreso de los Diputados publicado por Resolución de 22 de enero de 2019, lo que llevó a una vigencia temporal reducidísima que planteó interesantes problemas de transitoriedad en relación con la validez de los acuerdos adoptados conforme al mismo hasta la entrada en vigor del RDley 7/2019. Vid. CARRASCO PERERA, A. “Acuerdos comunitarios contra los alquileres turísticos” Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, N° 948, 2019, pág. 6.



la Ley de Propiedad Horizontal por varios motivos, uno de los cuales se basó en que el alquiler vacacional de viviendas turísticas aumenta el precio del alquiler de las viviendas existentes en su entorno. Y para evitar este efecto, -no para proteger al resto de propietarios del inmueble, que ya cuentan con la posibilidad de hacer cesar las actividades molestas a través del art. 7 LPH-, el RDley se vale de una técnica privada: la flexibilización de la regla de la unanimidad que, hasta su entrada en vigor, se consideraba necesaria para limitar o condicionar a cuotas de participación especiales en los gastos comunes la realización de las actividades permitidas al propietario en los estatutos de la propiedad horizontal.

Para ello, la norma incorpora un nuevo apartado 12 al artículo 17 LPH, 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”*.

Este obstáculo doble y combinado (el de los requisitos impuestos por la normativa autonómica, y el de las limitaciones de la comunidad de propietarios) es cada vez más difícil de saltar para los propietarios que han invertido en viviendas para destinarlas a este régimen especial de cesión de uso. Y por esta pendiente resbaladiza de las limitaciones al alquiler vacacional empiezan a transitar asimismo los Tribunales contencioso-administrativos⁵.

II. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA

⁵ La Sala de lo Contencioso-Administrativo va matizando su inicial doctrina desfavorable a las restricciones administrativas a la actividad. La última de las sentencias dictadas por la Sala Tercera del TS (Sección Quinta), de 19.11.2020, ha confirmado el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 25 de enero de 2018 por el que se aprobó la del Plan General de Ordenación Urbana en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. El tribunal ha considerado que la calificación de la vivienda de uso turístico (VUT) como equipamiento, y no residencial (pues entiende que éste es apto para el uso de “vivienda”), la exigencia de un informe urbanístico para operar, así como la limitación a un máximo de tres habitaciones en las viviendas particulares para alquiler turístico – más allá de las cuales se consideraría establecimiento hotelero-, no vulneran ni la Constitución ni la Ley de Garantía de la sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios alegada en el recurso de la CNMC.

“Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos” (art. 17.12 LPH).

La primera de las interpretaciones contrarias al alquiler vacacional es la que concierne a la irretroactividad del acuerdo adoptado: ¿La irretroactividad se refiere al período de alquiler vacacional iniciado, al destino vacacional una vez autorizado, o mucho más allá de esto último, a la imposibilidad de afectar la libertad del propietario en la elección de actividad mientras que no enajene la vivienda a un tercero a quien habrán de perjudicar las nuevas limitaciones estatutarias?

Es evidente que un acuerdo que pretenda modificar el título constitutivo o los estatutos no puede afectar a los períodos contractuales arrendaticios ya iniciados. Si se limitase a este efecto, la irretroactividad de la norma sería, además de contraria al art. 1.257 CC, completamente absurda, pues nada aporta a este especial régimen locativo, en el que la duración del uso pactado es efímera, ya que se trata de períodos de tan corta duración que ni siquiera daría tiempo a ejecutar judicialmente el acuerdo.

La irretroactividad podría cobrar algún sentido en cuanto a la aplicación del incremento que, con el límite del 20%, puede acordarse respecto de la contribución a los gastos comunes del inmueble por parte de los pisos destinados a alquiler vacacional por sus propietarios, pues ello significaría que el aumento no podría calcularse respecto de mensualidades ya devengadas.

Pero en cuanto a la actividad en sí, realmente solo caben dos interpretaciones:

a) Según la primera, podría entenderse que, en virtud del carácter excepcional y limitativo de la norma, el acuerdo limitativo no podrá afectar a los propietarios que adquirieron la vivienda antes del acuerdo, cuando el mismo no estaba reflejado en los estatutos inscritos al tiempo de su adquisición. Es cierto que esta interpretación solo supondría una ventaja: que ningún adquirente posterior al acuerdo limitativo de la comunidad pueda especular con la localización del inmueble y su potencial alquiler turístico, porque su futuro comprador sí se verá afectado por la modificación estatutaria o el acuerdo que condicione en menor medida la actividad. La única utilidad de la nueva norma residiría se limitaría impedir la subida de precios de la vivienda que había provocado la alta rentabilidad de las adquisiciones de viviendas en zonas turísticas o históricas. Aunque, si bien se mira, es ésta y no otra, precisamente, la justificación de la urgente necesidad de la reforma del art. 17 LPH aducida por la exposición de motivos del RDley 7/2019.

b) La segunda interpretación de la irretroactividad de los acuerdos adoptados en este ámbito, y la que parece más razonable, es la que considera que el acuerdo limitativo sólo afectará a aquellos propietarios que en el momento del acuerdo no hubieran introducido aun su vivienda en un canal de oferta previo cumplimiento de los requisitos en cada caso exigidos por la normativa (autonómica) aplicable. Esta es la solución de la (por ahora

única) doctrina jurisprudencial, reflejada ya en la STSJ Cataluña núm. 37/2016 de 19 mayo (RJ 2016, 3653).

III. ¿HACE FALTA UN ACUERDO PARA INICIAR LA ACTIVIDAD?

La tercera cuestión que plantea la interpretación del apartado 12 del art. 17 LPH se centra en la necesidad de un acuerdo comunitario para dedicar el piso a esta actividad en aquellas comunidades donde los estatutos no la prohíben.

Y aquí, otra doctrina sorprendente viene a empujar más aún al alquiler vacacional por la pendiente resbaladiza de las limitaciones. Esta doctrina puede resumirse en una sola frase: *Si los estatutos de tu comunidad no prohíben el alquiler vacacional... ¿no preguntes!*⁶.

En efecto, no lo hagas, porque la RDGRN de 19 diciembre de 2019 (RJ 2020,790), ha entendido que para la introducción de una norma estatutaria que permita expresamente la cesión en régimen de alquiler vacacional en aquellos inmuebles donde no hubiera restricción al respecto, no basta la misma (doble) mayoría de 3/5 ahora prevista para introducir limitaciones o condicionantes a su realización.

A favor de tal interpretación juega el hecho de que la regla de la doble mayoría de 3/5 necesaria para la creación e instalación de nuevos servicios comunes de interés general (introducida por la Ley 8/1999 en art. 17 LPH) se amplió posteriormente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 8/2013, a los acuerdos que suprimieran instalaciones comunes anteriormente existentes. Podría pensarse que el nuevo apartado 12 del mismo artículo admite la misma interpretación, esto es: que mediante la doble mayoría de 3/5 pudiera adoptarse un acuerdo por el que expresamente se permitiera el alquiler vacacional en los elementos privativos habitables del inmueble, y ello, aun cuando modifique -dependiendo ello de la existencia de una prohibición estatutaria expresa anterior- los estatutos de la comunidad. Pero según esta RDGRN de 19 diciembre de 2019 (RJ 2020,790), es preciso un acuerdo adoptado por unanimidad, porque *“la finalidad del apartado 12 del art. 17 LPH es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, y el quórum en ella exigido no basta para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria, como es permitir de manera expresa esa actividad a través de la modificación de estatutos de la comunidad”*.

Esta doctrina podría entenderse si los estatutos contuvieran una cláusula de prohibición expresa de tal actividad (como exige de forma general la RDGRN 27 de junio de 2018

⁶ Un análisis más completo de esta Resolución puede encontrarse en mi comentario del mismo título en la URL de este mismo centro de investigación:
http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Si_los_estatutos_de_tu_comunidad_no_prohíben_el_alquiler_vacacional_no_preguntes_.pdf. Fecha: 1.9.2020.



[RJ 2018\3165]). Pero en el caso, se trataba de un acuerdo comunitario aclaratorio de las actividades que incluía o excluía la cláusula estatutaria que establecía: *“Los distintos departamentos de la urbanización sólo podrán dedicarse a vivienda. A) Queda expresamente prohibido destinarlos a industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiestas o de juegos y, en general, todo lo que exceda el uso propio de vivienda o alojamiento familiar”*.

Obsérvese que el destino a alquiler vacacional de una vivienda perteneciente a un régimen de propiedad horizontal puede ser considerada como actividad turística por la normativa autonómica, pero, desde luego, no es una actividad industrial, ni relacionada con la hostelería. Y desde luego, no puede considerarse incluida en uso de equipamiento no residencial, como equivocadamente, a mi juicio, lo ha entendido la STS de la Sala Tercera (Sección Quinta), de 19 de noviembre de 2020, que ha confirmado el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 25 de enero de 2018 por el que se aprobó la del Plan General de Ordenación Urbana en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico de dicha ciudad⁷. Tanto más cuanto en la propia comunidad contemplada en la RDGRN de 16 de octubre de 2020 a la que nos referimos existían normas anteriores que regulaban las condiciones de la actividad de alquiler vacacional (hasta fechas recientes considerado “de temporada”), que se venía desarrollando por la mayoría de los propietarios.

La pregunta es por qué el propietario sometió su decisión de solicitar autorización administrativa a tal fin a la adopción de un acuerdo comunitario sobre una actividad que no estaba expresamente prohibida en los estatutos, que venía siendo realizada por otros propietarios, y que, por lo tanto, el propietario podía comenzar a realizar sin necesidad de acuerdo alguno en tanto en cuanto la comunidad no la prohibiera – ¡en todo caso, de forma no retroactiva!- a través del acuerdo sometido a la doble mayoría de 3/5 introducida en el art. 17 LPH.

La respuesta se encuentra en ese puzzle de diecisiete piezas normativas autonómicas del que me lamentaba al inicio de estas líneas.

Muchas de las normas autonómicas sobre alquiler vacacional exigen como requisito para el ejercicio de la actividad que los estatutos de la comunidad de propietarios no contengan prohibición expresa de la actividad de alquiler turístico o vacacional.

Pero algunas otras CCAA no se conforman con la exhibición de los estatutos del inmueble a fin de autorizar el inicio y registro de la actividad y así verificar que la actividad es acorde con las actividades permitidas en el inmueble sometido a propiedad horizontal, sino que exigen que se acredite la adopción de un acuerdo comunitario “a los solos efectos

⁷ Vid. nota 5.



de probar que la actividad no está prohibida”. Es el caso del art. 50 la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativo a los requisitos de comercialización de estancias turísticas en viviendas, por la que se rigen los alquileres vacacionales en la ubicación del inmueble objeto de la resolución, cuyo texto se reproduce a continuación:

“No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios, en el sentido de que determinen la no posibilidad de uso para finalidades diferentes a las de vivienda. Para uso diferente del de vivienda se tiene que entender todo uso que permitiría una utilización diferente a la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Para las modificaciones de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.

Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas.

Este acuerdo no es necesario si el título constitutivo o los estatutos ya admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas. Para la modificación de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.

En todos los casos, en el momento de cambios en los estatutos o acuerdos de la junta de propietarios que impidan la comercialización turística, esta tiene que cesar y se tiene que comunicar a la administración”.

La norma no solo establece los requisitos administrativos de la autorización de la actividad, sino que:

a) se extralimita competencialmente y contradice la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo al interpretar lo que haya de considerarse prohibición estatutaria de actividad en el régimen de propiedad horizontal, al equipararla con cualquier uso distinto del destino de vivienda;

b) Somete a mayoría “simple” la posibilidad de realizar una actividad no prohibida allí donde no existía prohibición (en el sentido anterior), cuando la regla de las actividades no expresamente prohibidas es la libertad;

y c) contradice el carácter no retroactivo del acuerdo de prohibición que se ha recogido de forma definitiva en el art. 17.12 LPH en virtud de lo dispuesto en RD Ley 7/2019.

En mi opinión, la actividad administrativamente exigida por la normativa de las CCAA a las comunidades de propietarios debería limitarse a verificar la existencia de una prohibición *expresa* en los estatutos y, en el caso de no existir ésta, la comunidad solo podría promover la prohibición o limitación, sometida a las reglas y protegida por el carácter no retroactivo del art. 17.12 LPH.

IV. ¿CONDICIONAR O LIMITAR ES LO MISMO QUE PROHIBIR?

Una tercera interpretación de la norma favorable a las comunidades frente a los propietarios arrendadores consiste en la amplitud del término “*condicionen o limiten*” ue se recoge en el artículo 12 LPH. Obsérvese que, para las comunidades de propietarios, es importante alcanzar acuerdos que “limiten o condicionen” la actividad del alquiler turístico o vacacional, pero mucho más lo es lograr una modificación estatutaria que prohíba directamente o indirectamente tal actividad, porque, en este caso, como se acaba de comprobar, el propietario ni siquiera obtendrá la licencia (o no se podrá realizar la declaración responsable) que exige la normativa autonómica, y la actividad de alquiler vacacional pasará a ser directamente ilícita, en los términos del art. 7 LPH, sin necesidad de probar molestia o daño comunitario de ningún tipo, y sin necesidad de un acuerdo (adoptado conforme al art. 17.12) restringido a *condicionar o limitar* una actividad que la administración autonómica podría entonces autorizar.

La RDGRN de 16 de octubre de 2020 se enfrenta a un supuesto de características muy singulares.

En los acuerdos elevados a público cuya inscripción se pretendía por la comunidad de propietarios adoptados el 17 de junio de 2019, se aprobó una nueva norma estatutaria, según la cual «*Se prohíbe expresamente a los propietarios de las viviendas, destinar las mismas a alquiler turístico, vacacional, de corta duración o cualquier otra modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la Comunidad*».

La particularidad de este acuerdo no es que pretendiera modificar los estatutos limitando o condicionando la actividad, sino que pretendía introducir en ellos una prohibición

absoluta, y además extensiva a otras fórmulas arrendaticias de temporada distintas del alquiler vacacional, y que a favor del acuerdo votaron expresamente la mayoría de los propietarios que representaban únicamente un tercio de las cuotas de participación.

En efecto, a dicha escritura se incorporaba la certificación expedida el 18 de diciembre de 2019 por el administrador de la comunidad, con el visto bueno de la presidenta, según la cual el acuerdo fue aprobado por mayoría de votos a favor que representan el 33,37 % de cuotas de participación sobre el total del 100 %, y fue notificado a los propietarios ausentes, por el procedimiento establecido en el artículo 17.8 de la Ley sobre propiedad horizontal, sin que ninguno se hubiera opuesto al mismo transcurridos treinta días desde la notificación.

La titular del Registro de la Propiedad de Madrid número 27 despachó nota de calificación negativa, entendiendo que *“el contenido del nuevo párrafo del artículo 5 de los Estatutos de la Comunidad excede el ámbito contemplado por el Artículo Diecisiete.12, de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, y constituye una modificación de los Estatutos y en consecuencia del título constitutivo de la Propiedad Horizontal y ello exige la unanimidad de todos los propietarios del edificio exigida por el artículo 5 de la propia Ley de Propiedad Horizontal”*.

Los argumentos de la DGRN, que rechazando los argumentos de la Registradora, ordena la inscripción, pueden resumirse en tres puntos:

- a) La posibilidad de limitar o condicionar la actividad de alquiler turístico o vacacional en los elementos privativos del inmueble por la doble mayoría reforzada de tres quintos, hoy contemplada en el art. 12 LPH, constituye una excepción al régimen de la unanimidad requerido para las modificaciones estatutarias y actúa a modo de norma limitativa de derechos, de tal forma que no cabe su aplicación extensiva a otros supuestos distintos de los contemplados en dicho apartado.
- b) No obstante, dicho acuerdo unánime puede ser sustituido por la decisión judicial en equidad a la que se refiere el art. 17.7 II LPH.
- c) Y puede ser alcanzado asimismo mediante el sistema del voto presunto contemplado en el art. 17.8 LPH, que es lo que, según la DGRN, había acontecido en este supuesto.

Analizaremos los tres argumentos por separado.



1ª) Con la primera afirmación, la DGRN impide la analogía del art. 17.12 LPH al caso planteado. En efecto, no es posible entender que las prohibiciones absolutas de ejercicio de una actividad compatible con el destino a vivienda sean limitaciones o condiciones en el sentido del art. 17.12. Todas las prohibiciones limitan, pero una prohibición añade un plus de restricción de derechos sobre el mero límite, condición o exigencia de contraprestación en forma de aumento de cuota de contribución que impide interpretar de forma extensiva el nuevo apartado 12 del art 17, en cuanto norma restrictiva de derechos.

De hecho, el TS ha consolidado una doctrina jurisprudencial clara acerca del carácter restrictivo de las limitaciones al dominio en el régimen de propiedad horizontal. Esta doctrina parte de la distinción entre actividades prohibidas y actividades contrarias al destino estatutario [SSTS 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910); 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6364); 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910); 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1794); 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5705); 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1794); 24 de octubre de 2011 (RJ 2012, 431)], al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté prohibido por una norma concreta o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria. Se parte así de la distinción entre el destino fijado para un elemento en los Estatutos («disposiciones no prohibidas por la Ley en torno al uso o destino del edificio», art. 5 III LPH), y la enumeración de actividades prohibidas en los Estatutos (art. 7 II LPH), que es la que puede dar lugar a una demanda comunitaria de cesación que, de ser estimada, puede a su vez justificar la condena a la privación del uso del elemento privativo por un espacio de tiempo máximo de tres años. Las actividades que pueden hacerse cesar en este sentido (además de las dañosas para la finca y las «contrarias a las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas») son las expresamente prohibidas en los Estatutos, según impone una interpretación restrictiva de las limitaciones del dominio. Así lo entendían ya, incluso cuando el art. 7 hacía referencia a actividades «no permitidas» las SSTS 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8855); 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1666); 7 de febrero de 1989 (RJ 1989, 672); 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 58); RDGRN 20 de febrero 1989 (RJ 1989, 1694).

Como ya hemos apuntado, estas prohibiciones, a su vez, habrán de interpretarse por el Juzgador de forma restrictiva por su colisión con el derecho a la libertad de empresa [STS 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 9194), 30 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3443)] y sin que pueda estimarse correcto en la actualidad introducir elencos amplios de actividades



caracterizados por su efecto (ej. «quedan prohibidas las actividades que puedan causar molestias»). Las que, simplemente, se desarrollen con variación del destino genérico fijado por los promotores en la descripción de la propiedad horizontal [ej. la de instalación de gimnasio en local destinado a oficina objeto de la STS 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910)], sin quedar prohibidas, habrán de esperar a ser declaradas molestas, insalubres, nocivas, peligrosas, dañosas para la finca [por requerir alteración de elementos comunes, STS 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5076)] o ilícitas [por infringir la normativa sobre habitabilidad en el caso de alquiler de trasteros anejos como viviendas-apartamento, STS 22 de julio de 2009 (RJ 2009, 6488)] para encuadrarse en la sanción del art. 7.2 LPH, lo que requiere un análisis fáctico acerca de las circunstancias de la actividad y de la incidencia de la misma en las condiciones del inmueble.

2ª) En lo que respecta al segundo de los argumentos expresados por la DGRN, en mi opinión, no es correcta la afirmación de que el acuerdo podría haberse adoptado por el recurso en equidad contemplado en el art. 17.7 LPH. Aunque en principio se entendió que las decisiones unánimes y sometidos a mayorías reforzadas habían de quedar fuera del recurso judicial de equidad, parece que ahora quedan fuera de la regla únicamente los acuerdos reconducidos al art. 10 LPH, sin perjuicio de las acciones de impugnación que correspondan según el art. 18 LPH. El razonamiento en *obiter dicta* de la STS 10 octubre de 2013 (RJ 2001, 7804), -dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 8/2013, aunque referida a un supuesto anterior- y la cita de la jurisprudencia que reproduce, se presenta como apoyo a esta interpretación inclusiva de los acuerdos requeridos por unanimidad.

Sin embargo, ello no basta para entender que cualquier acuerdo podría ser adoptado a través de este controvertido trámite judicial. Como ya he afirmado en otro lugar, el sentido y los límites de la decisión judicial son limitados. Deben rechazarse rotundamente las propuestas que quieren ver en el procedimiento una vía procesal universal con la que se suplen acuerdos no tomados, se impugnan acuerdos de la Junta, y se acomodan los estatutos a la LPH. A pesar de los términos confusos en los que está redactado el precepto, y de la referencia a los «contradictorios», lo cierto es que no se trata de una convocatoria judicial para que se tome un acuerdo sobre una propuesta que ya ha sido desestimada por no obtener los votos necesarios. La propuesta habrá sido desestimada cuando los acuerdos positivos no superen a los negativos o cuando, estando la junta debidamente constituida, los votos positivos en favor del acuerdo no representen la mayoría de los votos exigidos, aunque el resto sean abstenciones o ausencias. En ambos casos, el acuerdo no existe y la propuesta ha sido desestimada. Y si esto ocurre, el juez no puede sustituir «en equidad» una votación negativa, ni imponer un acuerdo contra la votación de la comunidad; ni tan siquiera puede imponer una nueva convocatoria para que se reconsidere la votación



negativa. Cualquiera de estas medidas conculcaría el derecho constitucional a la autoorganización de los grupos privados, al sustituir la autonomía estatutaria y asamblearia del grupo por la decisión judicial heterónoma. La competencia de decisión sólo puede tener cabida cuando el funcionamiento de la comunidad exigiera incondicionalmente un acuerdo, y éste no se haya podido obtener en ninguno de los sentidos posibles. Por ejemplo, porque existe empate de votos, o porque son solo dos los propietarios del edificio, o porque ninguna propuesta ha triunfado sobre las otras, o porque la mayoría de cuotas y la mayoría personal manifiestan posturas enfrentadas. Pero acuerdos incondicionales de esta clase se reducen a los relativos al nombramiento de órganos, a la aprobación del presupuesto y a la realización de los actos de conservación necesarios. Fuera de ellos, la comunidad puede funcionar perfectamente sin acuerdos. En especial, puede funcionar sin acuerdos sobre la realización de mejoras o sobre el régimen de uso o destino de los inmuebles. Esto lo prueba la procedencia de esta norma respecto del artículo 398.III CC, que abre el acceso al Juez para los actos de administración y que requiere incondicionalmente acuerdos porque, de otra forma, los comuneros no podrían disfrutar en modo alguno de lo que es suyo⁸.

En consecuencia, el Juez sólo puede imponer heterónomamente una decisión en el sentido de una propuesta desestimada por falta mayoría cuando el «status quo» impide el funcionamiento mínimo de la comunidad, y ello, además, siempre que no haya triunfado una propuesta contraria con un contenido positivo (y no simplemente de rechazo de la propuesta minoritaria), cualquiera que sea este contenido. Si la minoría estima que esta propuesta contraria de contenido positivo (y no de simple rechazo) es objetable por razones de conveniencia o de fondo, dispondrá entonces de las acciones previstas en el artículo 18 LPH.

c) El siguiente punto a valorar, - de hecho, creo que es el *quid* de esta cuestión-, es si es posible obtener el consentimiento del propietario dirigido a obtener la unanimidad precisa para una modificación estatutaria a través del procedimiento de voto presunto.

Una vez se decide que el acuerdo adoptado no tiene encaje en el apartado 12, sino en la unanimidad requerida por el art. 17.6 LPH para los acuerdos de modificación estatutaria, han de diferenciarse aquellos supuestos en que la LPH exige un *acuerdo unánime* (art. 17.6 LPH), de aquellos otros en los que, además, se exige el *consentimiento expreso del propietario afectado*. El propio artículo 17.4 *in fine* muestra un ejemplo de esta necesidad, que no es incompatible, sino añadido, a los mecanismos obtención de las mayorías contempladas en todos los apartados del art. 17 LPH. Tampoco es un voto la obtención del consentimiento que se impone en el artículo 5 LPH (concurencia a la escritura de

⁸ CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, C. Comentario al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. 5ª ed. Aranzadi, 2014.

división horizontal), ni el supuesto contemplado en los artículos 10.3 in fine 8.II (consentimiento de los propietarios afectados por la división, agregación o disminución de elementos privativos pertenecientes a otro propietario), 11.3 (innovaciones que hacen inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario), ni 17.1º.II «in fine» (arrendamiento de elementos comunes que afecta a un miembro en su cualidad de propietario).

Como había puesto de manifiesto la DGRN reiteradamente con anterioridad a esta resolución, el establecimiento de una nueva prohibición estatutaria no puede adoptarse *ex novo* sin el consentimiento del propietario afectado (RDGRN 29 de mayo de 2019, [RJ 2019, 2524]⁹). Por lo tanto, con excepción de lo dispuesto en el nuevo apartado 12 (que la RDGRN que nos ocupa considera con razón que no resulta aplicable al caso por constreñirse acuerdos limitativos y condicionantes, pero no prohibitivos de la actividad de alquiler vacacional), las modificaciones estatutarias que imponen restricciones de uso a un propietario y que no formaban parte del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal al tiempo de su adquisición, hacen necesario que conste el consentimiento expreso del titular, o resolución judicial que declare la viabilidad de la modificación, sin que baste el consentimiento presunto previsto por el artículo 17.8 de la Ley sobre propiedad horizontal (RDGRN 27 julio de 2018 [RJ 2018,3165]).

V. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO E INTRODUCCIÓN DE PROHIBICIONES ESTATUTARIAS

Según los antecedentes expresados en la RDGRN de 16 de octubre de 2020 comentada en el epígrafe anterior, a la hora de adoptar el acuerdo de modificación estatutaria dirigido a prohibir alquiler de corta duración en los pisos, existía un propietario privado del derecho de voto, pese a lo cual, las mayorías y cuotas alcanzadas por los presentes, aparecen certificadas en relación con el 100% del total de los propietarios.

La mención de la certificación comunitaria a la privación del derecho de voto respecto de uno de los propietarios nos sugiere dos cuestiones más:

⁹Según la DGRN, para la elevación a público de acuerdos de la junta de propietarios de una comunidad por los que se modifican los estatutos de la misma en relación a la participación en los gastos del local comercial se requiere el consentimiento unánime de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo y el de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, ya que no pueden producir efectos para los actuales propietarios aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente pues el acto no inscrito constituiría una verdadera carga oculta carente de la transparencia y publicidad necesaria que exige el sistema registral.



a) Parece que en realidad debió existir un porcentaje mayor de votos y cuotas favorables al acuerdo, ya que el número de votos y porcentaje de cuotas que corresponden a los debidamente privados del derecho de voto no se computan para el cómputo de las mayorías necesarias, extremo éste al que no se hizo referencia en la certificación emitida (art. 15.2 LPH: “*El acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley*”).

b) No obstante, la cuestión verdaderamente relevante es la siguiente: ¿todos los acuerdos se pueden adoptar prescindiendo de los propietarios privados del derecho de voto?

En la doctrina de las Audiencias, la privación del voto al comunero moroso se extiende a cualquier acuerdo, cualquiera que fuere la mayoría exigida para su adopción, por lo que hay que entender la alusión a «las mayorías previstas por la Ley» como una fórmula referida a todo quórum de adopción de acuerdos exigido, incluso asimismo de los acuerdos requeridos de unanimidad (SAP Asturias 27 enero 2014 [JUR 2014, 69402] y doctrina allí citada). Pero, como ya se ha comprobado con anterioridad, en la doctrina de la DGRN existen acuerdos requeridos de unanimidad en los que, sin embargo, no basta con el régimen colegial contemplado en el art. 17.6 LPH, exigiéndose – unas veces sin embargo y otras, “además”-, el consentimiento individualizado de todos los propietarios que pudieran resultar afectados. Si seguimos el planteamiento consolidado con anterioridad por la DGRN, según la cual, la “unanimidad” necesaria para imponer nuevas prohibiciones estatutarias de actividad exige el consentimiento expreso de todos los propietarios de los elementos privativos a los que pudiera afectar, no se admitiría conformación de la unanimidad alguna a través de los mecanismos de voto presunto de los propietarios de viviendas, ni permitiría omitir el consentimiento del propietario privado del derecho de voto¹⁰ si éste lo era de un elemento privativo susceptible de ser habitado, y, por lo tanto de ser destinado en algún momento a uno de los tipos de cesión -incluida la vacacional, que el acuerdo, finalmente inscrito como modificación estatutaria, se dirige a prohibir.

¹⁰ Sobre ello, vid. GONZÁLEZ CARRASCO, C. “Comentario al art. 15” en Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal, 6ª ed. Aranzadi 2020.