

Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, Sentencia 690/2022 de 12 Jul. 2022**Ponente: Villamor Montoro, Pedro Roque.****Nº de Sentencia: 690/2022****Jurisdicción: CIVIL****Diario La Ley**, Nº 10118, Sección Reseña de Sentencias, 26 de Julio de 2022, **Wolters Kluwer**

Nulidad del acuerdo comunitario que prohíbe el establecimiento de apartamentos turísticos en el edificio

PROPIEDAD HORIZONTAL. Nulidad del acuerdo comunitario que prohíbe el establecimiento de apartamentos turísticos en el edificio. El art. 17.12 LPH al hablar de "el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad...requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios" no comprendería la posibilidad de prohibirla. Para tal prohibición regiría la regla de la unanimidad. Interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de propiedad. El art. 17.6 LPH viene a excluir una interpretación extensiva de los otros supuestos que requieren o mayoría o mayoría cualificada.

La AP Córdoba confirma la sentencia del Juzgado que estimó la demanda de nulidad del acuerdo de prohibición del establecimiento de apartamentos turísticos.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA**SECCION PRIMERA - CIVIL**

Ciudad de la Justicia- CALLE000

NUM000

SENTENCIA Nº 690/2022**Iltmos. Sres.****Presidente:**

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Don Víctor Manuel Escudero Rubio

Don Fernando Caballero García

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba

Autos: Procedimiento Ordinario nº NUM000/2021

Rollo: NUM000**Año 2022**

En Córdoba, a doce de julio de dos mil veintidós.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por Comunidad **de Propietarios del número NUM000 de esta capital**, representado/a por el Procurador Sr. BB y bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. CC, siendo parte apelada **doña Lidia**, representada por el Procurador Sr. DD y bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Antonio Marín Entrenas. Es Ponente del recurso D. Pedro-Roque Villamor Montoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Por el Juzgado citado se dictó con fecha 23.2.2022 sentencia cuyo fallo dice *"Que, estimando la demanda formulada por D.ª Lidia contra la Comunidad de Propietarios NUM000 de esta capital, se hacen los siguientes pronunciamientos:*

1.º Se declara la nulidad del acuerdo sexto adoptado en la Junta de Propietarios demandada celebrada el día 1 de junio de 2021, consistente en la prohibición del establecimiento de apartamentos turísticos, por ser contrario a la ley se ha adoptado con abuso de derecho.

2.º Cada parte abonará las costas causadas a su instancia".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes. Esta Sala se reunió para deliberación el 11.7.2022.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia en cuanto no se opongan a los de ésta, y

PRIMERO.- Se refiere este procedimiento a la impugnación de acuerdo de 21.6.2021 de la comunidad demandada de que *"no se establezcan "Apartamentos Turísticos"* en la misma que cubrió las tres quintas partes del quorum exigido por el artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960).

La decisión desestimatoria contenida en la sentencia apelada, aunque traslade a la parte dispositiva una mención al abuso de derecho, se basa en el reconocimiento del derecho de propiedad que es susceptible de limitaciones pero siendo estas de interpretación restrictiva, el tenor del precepto al hablar de "limite o condicione" no comprendería la posibilidad de prohibir esa actividad a la que se remite. Simplemente se trata de acuerdo para el que regiría la regla de la unanimidad.

El recurso de apelación, delimitador del ámbito de decisión de esta Sala, se funda en la alegación de infracción del artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960) en relación con los criterios interpretativos del artículo 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889), y así entiende que la norma diferencia entre limitar y condicionar, este última si permitiría a la comunidad establecer ciertas condiciones para el arrendamiento turístico, en tanto que entiende que toda prohibición supone una limitación, de ahí la exclusión de efectos retroactivos de estos acuerdos, e igualmente resulta acorde con la finalidad de la norma en la que se introdujo esa redacción de favorecer el arrendamiento residencial. Se remite a la SAP Segovia 129/2020 de 21.4 (LA LEY 51823/2020) a la que también se refiere la sentencia apelada.

SEGUNDO.- I.- El artículo 17.7 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960) contempla la posibilidad de que en el título constitutivo de la misma se regule el uso posible de los elementos privativos en que aquella se descomponga, así dice que *"El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad"* (subrayado añadido).

Por lo tanto, *no cabe negar que en régimen de propiedad horizontal puede haber actividades prohibidas, pero así*

tienen que constar en el título constitutivo, como lo demuestran los casos en los que en aquél se dice expresamente que se prohíbe el desarrollo de alguna o de cualquier actividad profesional abierta al público. El problema es si esa disposición originariamente establecida en el título constitutivo puede adoptarse y en qué condiciones ya vigente el régimen de propiedad horizontal.

II.- *Para la parte recurrente se regiría la norma del artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960) con exigencia de los tres quintos de las cuotas, para la sentencia regiría la regla de la unanimidad. Por lo tanto, no es que no se pueda prohibir una actividad sino que tendría un especial régimen por supuesto alejado de la mera mayoría. Se trata de acuerdo que "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 (LA LEY 4106/1994)..."*

En las acepciones del diccionario de la RAE de los verbos limitar y condicionar, se trata bien de poner límites o condiciones a algo.

Adelantamos que no es que se "limite o condicione" el derecho de uso que tiene el propietario de esos elementos privativos, hasta el punto de privarle de ciertas manifestaciones de ese derecho, aquí el derecho de ceder la vivienda para esa actividad. El precepto no limita el derecho de uso de la vivienda con esa finalidad por el propietario, sino que lo que hace es limitar o condicionar "el ejercicio" de una concreta actividad, que no prohibirla o excluir alguna de entre las posibilidades de uso que el propietario pueda tener. Esto es, cabe pensar que la actividad podría ejercitarse pero con los límites derivados de ese acuerdo.

Precisamente esa actividad, a tenor de la remisión que hace ese precepto al artículo 5.3 LAU, consiste en "[l]a 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".

Aquí, ateniéndonos a la tesis propugnada por el recurso, se limitaría el uso de la vivienda, prohibiendo precisamente esa actividad. Pero no se trata aquí de que una Administración en el ámbito de su competencia limite esa actividad, en ciertos lugares, en ciertas edificaciones o en determinadas condiciones urbanísticas, por lo que habrá sitios donde la misma pueda desarrollarse y otros no, con arreglo a la disposición que se apruebe, y así se podría decir que ese acuerdo de la Administración limita esa concreta en el ámbito territorial que le corresponda. *Aquí se trata de que una comunidad de propietarios prohíbe una actividad en su ámbito, pero el precepto de cobertura dice "limite" el ejercicio de esa actividad.* De ahí que el ejemplo al que alude la parte de la prohibición de circular a velocidad superior a una determinada, no sirva, puesto que no es que prohíba circular (aquí sería el uso de la vivienda o ejercicio de una concreta actividad en ella), sino que se prohíbe hacerlo a más de esa velocidad, con lo que si cabe circular por la vía afectada (aquí el ejercicio de actividad) pero con esa limitación. Otra cosa es que se pongan límites o condiciones al ejercicio de esa actividad en las viviendas integradas en esa propiedad horizontal.

La referencia a que ese acuerdo se adopta con esa mayoría cualificada "suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos" no permite, a juicio de esta Sala, otra respuesta puesto que la limitación en el ejercicio de esa actividad que pueda acordar sometiéndola a determinadas reglas, supondría una modificación del título constitutivo.

Surge la duda de qué contenido podría tener ese acuerdo que ponga límite o condiciones al ejercicio de esa actividad de arrendamientos turísticos. Aquí, ya lo indica la sentencia apelada, podría entrar la de limitar el número de usuarios, permitir o no mascotas, establecer días u horas de ingreso o salida, obligación de aseguramiento específico por daños, presencia del propietario o arrendador a la entrada para comunicar específicamente al usuario las reglas de uso de elementos comunes, etc.

Con lo anterior hemos de convenir que el texto de la norma podría ser más claro, evitando diversas interpretaciones como es el caso.

III.- *La remisión al artículo 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) como criterio interpretativo a sus antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que se va a aplicar, ateniendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, entendemos que no es de recibo para justificar la tesis de la recurrente, en primer lugar, porque si se quiere cubrir con la finalidad declarada del RD Legislativo 7/2019 que dio esa redacción al artículo 17, y que era fomentar el arrendamiento residencial para ampliar el parque residencial para ese uso y abaratarlo y con ello*

incidir en el problema de la vivienda, esto parece más propio de las otras normas incluidas en esa disposición, independientemente del significado expropiatorio del facultades integradas en el derecho de dominio que ello pudiera suponer por causa inmediata del interés de los miembros de la comunidad de evitar allí el desarrollo de una actividad que pudiera ser generadora de molestias, lo que efectivamente, como señala la sentencia apelada, tendría otra respuesta. Recordemos que el derecho de propiedad cuando lo reconoce la Constitución en su artículo 33 (LA LEY 2500/1978), admite el carácter delimitador del mismo por la función social y que la privación ha de ser por causa justificada de utilidad pública o interés social.

En la exposición de motivos del RDL 7/2019 (LA LEY 2819/2019) ,al igual que en el Real Decreto Legislativo 21/2018 que le precedió con igual contenido a estos efectos pero que no fue convalidado, se habla de que *"se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales"* no se hace mención a que se tratara de facultar a las comunidades de propietarios a cubrir intereses públicos o objetivos de política de vivienda de la Administración. Evidentemente no cabe imputar esa finalidad a otras reformas introducidas en ese mismo Real Decreto Legislativo que afectan también a la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960). Así en la STC 14/2020 de 28.1 (LA LEY 461/2020) dictada en virtud de recurso de inconstitucionalidad de ese Real Decreto Legislativo interpuesto por falta del presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE (LA LEY 2500/1978), se hacía referencia a que esas otras reformas que afectan a la accesibilidad responden a *"una preocupación constante y la existencia de un problema no resuelto, agravado por el progresivo envejecimiento de la población"*. Al igual que para ciertas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en esa misma sentencia se habla de que el Gobierno justifica la necesidad de esa norma (razón última del recurso planteado) en *"la necesidad de «avanzar en el cumplimiento de nuestros compromisos con los acuerdos internacionales sobre derechos sociales», y en particular con las recomendaciones efectuadas en el dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 20 de junio de 2017..."*

Esto es, no hay por qué atribuir a todas las disposiciones modificadas por esa disposición la misma justificación, y con ello no tiene por qué responder a esa finalidad de incidir en el mercado de la vivienda residencial. *De lo que trataría con esos acuerdos sería de mantener un uso ordenado del edificio en el que se asienta evitando molestias que pueden derivarse de esos arrendamientos sucesivos, rápidos y de difícil identificación o control en cuanto a las personas concretas que allí pernoctan, finalidad preventiva de problemas y que sería la justificación inmediata de esa interpretación.* Nótese que no se refiere para nada al arrendamiento vacacional apartado de la regulación de esos arrendamientos turísticos, con una característica de estacionalidad que podría predicarse de los otros y que pueden tener la misma incidencia que los turísticos en cuando también disminuyen el parque de arrendamiento de uso residencial e inciden en las rentas.

En la sesión del Congreso de los Diputados que convalidó ese Real Decreto Legislativo por el miembro del Gobierno que lo defendió sí justificó esa reforma en que *"se permite que una mayoría de tres quintos de las comunidades de propietarios puedan limitar las viviendas de uso turístico o asignarles mayores gastos comunes"* (1) . Esta expresión podría pensarse que justificaría más la tesis de la parte recurrente, pero, primero, habla de limitar las viviendas no prohibir el ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico, y segundo, esa afirmación no se corresponde ni con el texto de la norma, ni con lo expuesto en la exposición de motivos para su justificación que antes transcribíamos. En todo caso, cómo se limita prohibiendo esa actividad o estableciendo un número máximo de viviendas dedicadas a la misma.

IV.- La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública (Resoluciones de 22.1.2021 (LA LEY 1773/2021), 15.1.2021 (LA LEY 133/2021), 16.6 (LA LEY 93619/2020) y 5.11.2020 (LA LEY 162486/2020)) y , ha venido aceptando la inscripción de acuerdos de juntas de propietarios prohibiendo la actividad de arrendamientos turísticos al amparo de esta regla del artículo 17 a la que nos referimos, sin cuestionar la posibilidad de la prohibición con la redacción del mismo. Se dice que el precepto en cuestión permite prohibir la actividad al diferenciar entre limitar y condicionar y en cuanto que habla de limitar se refiere a la facultad limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios.

Pero nos preguntamos si esas facultades de las comunidades de propietarios con esa mayoría cualificada contemplan prohibir el uso y disfrute de elementos comunes o también de elementos privativos, existiendo en el ámbito de Cataluña disposición expresa que contempla lo primero (artículo 553-25.4) y exige consentimiento del propietario

afectado, y respecto a lo segundo y con una mayoría del 80% la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 14.2.2017 (DOG Cataluña número 7308, martes 14 de febrero de 2017) ha venido a decir, modulando decisiones anteriores, que *"si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de este uso contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada por la mayoría del 80 % o más acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y se verán privados del uso que las normas limitan o prohíben. Dicho de otra manera, los propietarios disidentes podrán seguir usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron mientras sean propietarios. Incluso podrán modificar el elemento privativo para destinarlo al uso que los estatutos ahora prohíben pero cuando adquirieron el inmueble no"*.

Pero lo cierto es que *aun con previsiones específicas de posibilitar de prohibir el derecho de uso que corresponde al propietario y sin eficacia retroactiva para el propietario disidente que no se vería afectado, si quiere realizar dicha actividad en su vivienda, si lo será en cuanto a las expectativas del abanico de compradores que podían interesarse por su propiedad que se verán más reducidas, y con ello el precio a conseguir, si éste tiene limitadas en esos términos las facultades de uso que como propietario en otro caso tendría de dedicarlo a actividad lícita y sometida a control administrativo como lo sería el arrendamiento turístico. Por lo tanto, no cabe argumentar que se trataría de acuerdo sin eficacia para el actual propietario disidente, caos de la parte demandante.*

V.- *Existe un criterio jurisprudencial que impone una interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de propiedad (sentencias de 30 de junio de 1996 , 30 de julio de 1997 , 29 de enero de 2015 , 6 de diciembre de 1985 , 30 de septiembre de 1970 y 9 de mayo de 1989 (LA LEY 11907-R/1989)). Es principio básico la de entender que "el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 CE (LA LEY 2500/1978)), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deberán ser interpretadas de un modo restrictivo" (STS 145/2013 de 4.3 (LA LEY 26744/2013)). La STS de 20 de octubre de 2008 (LA LEY 152127/2008) señala que "el artículo 33 CE (LA LEY 2500/1978) reconoce al derecho de propiedad privada un núcleo esencial, de forma que el régimen de los bienes [...] no puede privarlo de la efectiva utilidad económica, ni de la autonomía de la voluntad [de los propietarios] para usar, disfrutar o disponer de ellos"*.

Entendemos que lo mismo se ha de predicar de las normas que puedan incidir en ese derecho de propiedad. Han de ser claras y, en otro caso, no cabe hacer una interpretación extensiva o correctora de su sentido ordinario. Así en relación al derecho de retracto la STS 153/2020 de 5.3 (LA LEY 7194/2020) reitera esa interpretación restrictiva como limitación legal del dominio, remitiéndose a la sentencia de 2.4.1985, en cuanto limitación a la facultad de disponer.

En el caso al acuerdo al que aquí nos referimos no es que se limite la actividad, sino que prohíbe en base a una redacción que cuando menos suscita dudas, cosa distinta se podría decir si lo que se limitara es el derecho del propietario al libre uso o destino de su vivienda en régimen de propiedad horizontal privándole de la facultad de cederlo con esa finalidad.

VI.- Por último, y a propósito de la interpretación que merece ese artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960), contamos con que ese mismo artículo en su apartado 6 viene a excluir una interpretación extensiva de esos otros supuestos que requieren o mayoría o mayoría cualificada cuando dice que *"[l]os acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación"*. De esta forma la regla general para la modificación del título constitutivo sería la unanimidad, y la excepción las mayorías cualificadas que se previenen en esos otros apartados, entre ellos el artículo 17.2, pero para los supuestos expresamente previstos en esos apartados que permiten esa mayoría cualificada, condición que aquí, entendemos, no se da.

Esto hace que la tendencia legislativa de evitar la regla de la unanimidad en los acuerdos de las comunidades de propietarios sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960), exigiendo mayorías cualificadas no pueda servir tampoco de justificación para la interpretación pretendida por la parte teniendo en cuenta que cuando se producen se trata de proteger o intereses o derechos de singular protección, que van desde solventar problemas de accesibilidad, instalación o creación de nuevos servicios o infraestructuras que van surgiendo en la vida actual para

viviendas, mejorar la eficiencia energética, o asegurar la buena marcha económica de la comunidad, caso de la última reforma operada por la Ley 10/2022 de 14.6 (LA LEY 13326/2022). Ello no obstaría a la acción que pudiera corresponderle de realizarse en esa vivienda, como en cualquier otra con otro uso, una actividad molesta. Pero esto ya es otra cosa.

Como conclusión de lo expuesto, se entiende ajustada a Derecho la decisión adoptada en la instancia con desestimación del recurso.

TERCERO.- COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.- Desestimado el recurso entendemos que no cabe acudir al mero criterio del vencimiento del artículo 394 al que se remite el artículo 398, pues existen serias dudas de derecho que han quedado expuestas para justificar no hacer imposición de las costas de esta alzada. No obstante, si procede acordar la pérdida del depósito (D. Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985)).

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de la Comunidad de Propietarios NUM000 de esta capital, que se confirma, sin imposición de las costas de esta alzada y pérdida del depósito al que se le dará el destino legal.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y de infracción procesal del que conocería la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días con los requisitos que establece el artículo 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) y conforme a los criterios del Acuerdo de 27.1.2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los referidos recursos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.