

# LA PROBLEMÁTICA DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y LOS MECANISMOS DE DEFENSA FRENTE A LAS MISMAS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Por **Francisco Manuel Echeverría Summers**

Abogado-Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

## 1.- Introducción

Uno de los problemas que mayor preocupación ha generado en los últimos años en las comunidades de propietarios sujetas al especial régimen de la propiedad horizontal es la proliferación de pisos dedicados por sus propietarios, o titulares de derechos de uso, a la cesión de los mismos para uso turístico. Esta práctica, que ha proliferado de forma extraordinaria en los principales destinos turísticos de nuestro país, trae como consecuencia una sensible alteración en la normal convivencia en los edificios, generando un creciente malestar en el resto de integrantes de la comunidad por el incremento de gastos que se generan a resultas del uso frecuente, y en muchas ocasiones descuidado, de los elementos, servicios e instalaciones comunes, así como por las molestias derivadas de los hábitos propios de la actividad turística de bajo coste.

Ante la panorámica expuesta, son muchos los presidentes y administradores de comunidades que plantean a sus asesores la cuestión de cuáles son los mecanismos con los que cuentan las comunidades de propietarios para poder controlar la proliferación de estos alquileres de corta estancia en el seno de sus inmuebles.

El alquiler descontrolado de viviendas particulares para el uso turístico es un problema que se está generalizando también en todos los países de nuestro entorno y viene favorecido por las extraordinarias posibilidades que ofrecen para la promoción o comercialización de las mismas, tanto internet como las nuevas tecnologías. Se trata de un fenómeno que está causando un perjuicio cierto en la economía de nuestro país, por cuanto que afecta de manera seria a la calidad de los servicios turísticos: en muchas ocasiones se trata de alojamientos precarios, sobreocupados y que, al efectuarse sin los permisos correspondientes, se realizan sin repercutir los impuestos previstos en la Ley, con lo que se fomenta, igualmente, el desarrollo de una economía sumergida.

El problema adquiere especial significación por la importancia que el sector turístico tiene en la economía española. Hemos de tener en cuenta que, en el año 2017, según datos publicados por el Ministerio de Energía y Turismo, han pasado por nuestro país más de 82 millones de extranjeros, convirtiéndose en el segundo país del mundo en número de llegada de turistas, sólo por detrás

de Francia y por delante, incluso, de los Estados Unidos de América. Dichos turistas efectúan un gasto en nuestro país que el citado Ministerio cifra en 87.000 millones de euros.

Es importante, también, recordar que el art. 148.1.18 de la Constitución Española (CE) establece que las Comunidades Autónomas (CCAA) pueden asumir competencias en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. Al amparo de esta habilitación, son muchas las CCAA que han dictado normas en los últimos años para regular los establecimientos de alojamiento turístico y las viviendas de uso turístico. Normas que se ven completadas con Planes estratégicos y Ordenanzas municipales dictadas para tratar de controlar la actividad del arrendamiento turístico y evitar los riesgos antes apuntados. Ello obliga a todo aquel que tenga una vivienda equipada y amueblada y que quiera arrendarla por períodos de corta estancia a través de canales de comercialización turística, a cumplir toda una serie de requisitos de orden fáctico y administrativo.

El desconocimiento de dichos requisitos por parte de los particulares genera que muchos de éstos reciban notificaciones de aperturas de expedientes administrativos con propuestas de sanción que, en la mayoría de los casos, superan con creces el importe de los 6.000€, generando la consiguiente alarma entre los particulares inspeccionados. Para tomar conciencia de la enorme relevancia de las sanciones que se pueden imponer, las multas máximas previstas por el incumplimiento de las normas autonómicas oscilan entre los 600.000€, que se prevé en Cataluña y los 30.000€, previstos en Cantabria. Entre ambos casos, se sitúan los 400.000€ en Baleares, 300.000€ en Madrid y Canarias, 150.000€ en Andalucía, o 100.000€ en el País Vasco.

Paralelamente y dado que muchos particulares son propietarios de apartamentos en zonas costeras, tradicionalmente han venido alquilando los mismos por semanas, quincenas o meses en las temporadas estivales, planteándose ahora la duda de si el mantenimiento de dicha práctica supone que estén vulnerando las normativas expuestas.

La Comunidad de Madrid pretende atajar estas dudas, dividiendo los pisos turísticos en dos categorías, una la de las viviendas que se alquilen menos de tres meses al año, las cuales tendrán la consideración de uso residencial y; la otra, la de las que se alquilen más de tres meses (90 días) al año, en cuyo caso se calificará como uso profesional y precisará de licencia hotelera (uso terciario). En Baleares, ese mismo límite se establece en sesenta días al año.

El objetivo del presente trabajo es doble. Por un lado, facilitar una visión general sobre cuál es el complejo entramado normativo que regula los arrendamientos de viviendas para uso turístico en nuestro país, teniendo en cuenta la pluralidad de Ordenamientos autonómicos que lo integran. Por otro lado, y desde el punto de vista particular de las comunidades de propietarios, trataré de exponer mi opinión en relación a los diferentes mecanismos con los que cuentan dichos colectivos, para poder hacer frente a los perjuicios que genera en muchos casos dicha actividad.

En relación al primero de los objetivos, he de advertir que el alcance del estudio no permite un estudio pormenorizado de todos y cada uno de los requisitos y peculiaridades establecidos en cada norma autonómica, limitándome a ofrecer un cuadro o panorámica general. Del mismo modo, la extraordinaria necesidad de dar oportuna respuesta a los problemas generados por la proliferación de estos arrendamientos hace que el cuadro facilitado pueda quedar desactualizado casi tan pronto como se cierre el presente trabajo, ya que CCAA como Extremadura o Castilla-La Mancha están tramitando proyectos de normas sobre la materia y otras están trabajando para modificar las ya aprobadas, a la vista de que en muchos casos no consiguen alcanzar los resultados pretendidos con su aprobación.

En cuanto a los remedios particulares con que cuentan las comunidades de propietarios, trataré de analizar los mismos desde la perspectiva de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH) y del art. 553 del Código Civil de Cataluña (CCCat.), siendo así que la primera se aplica a todas las comunidades de propietarios sujetas al especial régimen de la propiedad horizontal situadas en cualquier territorio del Estado español, salvo las ubicadas en Cataluña, a las que se aplica el CCCat.

## **2.- Panorama normativo de los arrendamientos de viviendas para uso turístico**

La importancia del problema de los arrendamientos de viviendas particulares para uso turístico ha hecho que el legislador estatal, en la modificación de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) que introdujo a raíz de la aprobación de la Ley 4/2014, de 4 de junio, excluya expresamente a los mismos de su ámbito de aplicación, debiendo quedar sujetos a la normativa sectorial específica.

La exclusión legal y la sumisión de estos arrendamientos a un control mucho más estricto por parte de los poderes públicos se encuentran justificadas en la Exposición de Motivos de la ley 4/2014, cuando indica que: *“en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turístico; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación”*.

Por consiguiente, los arrendamientos turísticos se dejan fuera del ámbito de aplicación de la LAU y así lo sanciona mediante la inclusión de un nuevo apartado e) en el art. 5, el cual adelanta ya los elementos definidores de este tipo de alojamientos, cuales son:

- Tratarse del arrendamiento de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato.
- Haberse comercializado la misma en canales de oferta turística.
- Haberse concertado con finalidad lucrativa.

- Encontrarse sometidos a un régimen específico constituido por la correspondiente normativa sectorial.

La norma deja a las CCAA la delimitación de un elemento fundamental para la configuración de estos arrendamientos, como es el del tiempo o duración de estos contratos, que suelen ser de muy corta duración.

Al socaire de esta habilitación y el amparo de la competencia constitucional que se otorga a las CCAA para la regulación del turismo, se han dictado diferentes Leyes y Decretos de ámbito autonómico, configurando el marco normativo que se contempla en el siguiente cuadro. Es de advertir que las CCAA que no aparecen recogidas en la tabla se encuentran en la actualidad tramitando la aprobación de normas sobre el particular:

Andalucía	Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos.  Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos
Aragón	Decreto 167/2013, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los apartamentos turísticos.  Decreto 80/2015, de 15 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico.
Asturias	Decreto 48/2016, de 10 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.
Baleares	Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo.  Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, , relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas.
Canarias	Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales.
Cantabria	Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero (modificado por el Decreto 19/2014, de 13 de marzo)
Castilla y León	Decreto 17/2015, de 26 de febrero, por el que se regulan los

	<p>establecimientos de alojamiento en la modalidad de apartamentos turísticos.</p> <p>Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de viviendas de uso turístico.</p>
Cataluña	Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.
Extremadura	Ley 2/2011 de 31 de enero, de Desarrollo y Modernización del Turismo
Galicia	Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico
La Rioja	Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.
Madrid	Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico
Murcia	Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales.
Navarra	Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los apartamentos turísticos.
País Vasco	Decreto 198/2013, de 16 de abril, por el que se regulan los apartamentos turísticos.
Valencia	<p>Decreto 184/2014, de 31 de octubre, del Consell, regulador del alojamiento turístico rural.</p> <p>Decreto 91/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los bloques y conjuntos de viviendas turísticas</p>

El complejo entramado de normas autonómicas que rigen la materia de los arrendamientos de uso turístico se ha visto acompañado de la aprobación de múltiples ordenanzas municipales e incluso de Planes especiales urbanísticos para su regulación, como es el caso del aprobado por acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona, adoptado en pleno de fecha 27 de enero de 2017.

Además, se han establecido importantes y numerosas campañas de control por parte de las entidades locales, lo que ha generado, en los últimos años, la apertura de numerosos expedientes administrativos de sanción por el desarrollo de la actividad sin contar con los permisos o licencias administrativas correspondientes.

Las actuaciones municipales suelen iniciarse por dos vías: (i) la inspección por parte de los técnicos municipales y (ii) la denuncia por parte de terceros. En relación a estas últimas, son cada vez más frecuentes las situaciones en las que nos encontramos con escritos instando a los particulares, propietarios o integrantes de los edificios, a que denuncien las situaciones en las que sospechen que se puede estar explotando algún elemento privativo como vivienda de uso turístico.

Junto al marco normativo, es importante tener en cuenta la delimitación conceptual de la materia. Sin entrar ahora a tratar de recoger las peculiaridades propias de las diferentes normas, podemos definir como establecimientos de alojamiento turístico: los locales, en los que de forma habitual y con carácter profesional, sus titulares ofrecen alojamiento temporal y otros servicios turísticos a cambio de precio. Se consideran viviendas de uso turístico: aquellas que son cedidas por sus propietarios o por los titulares de derechos de uso, de forma reiterada y a cambio de contraprestación económica, para su estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad (suficientemente amueblada y equipada), siendo objeto de promoción o comercialización a través de canales de oferta turística.

Algunas CCAA, como la de Baleares, definen con precisión lo que deben entenderse como canales de oferta turística, comprendiendo en los mismos los sistemas mediante los cuales las personas físicas o jurídicas, bien directamente o a través de terceros, comercializan, publicitan o facilitan la reserva de estancias turísticas, tales como agencias de viajes, centrales de reservas, empresas de mediación u organización de servicios turísticos, incluidos canales de comercialización a través de internet y nuevas tecnologías de información y otros medios de comunicación social. De hecho, un medio habitual de localización de las viviendas de uso turístico es la publicación de las mismas en portales o páginas web tales como “Airbnb”, “HomeAway” o “Tripadvisor”.

En cuanto al tiempo de estancia, algunas CCAA definen el ámbito de aplicación de la norma por referencia a una duración del contrato igual o inferior a 30 días consecutivos (Galicia), o 31 días (Cataluña), o a dos meses (Andalucía), o un periodo que no implique el cambio de residencia por parte de la persona usuaria. Otras CCAA optan por el carácter profesional o habitual de la explotación, entendiendo por tal, aquella que se explota de forma continuada

durante un determinado periodo de tiempo dentro de cada año natural (en Madrid se cifra en 3 meses continuados).

Algunas CCAA, como Madrid, han intentado limitar también el plazo de duración mínima de la estancia, prohibiendo el alquiler turístico por un período inferior a 5 días (art. 17.3 del Decreto 79/2014). No obstante, la sección 8ª del TSJ de Madrid, en su sentencia de 31 de mayo de 2016, ha anulado dicha prohibición, por entender que se trata de una restricción de la competencia que no está justificada ni en la protección al usuario turístico, ni el combate de la opacidad fiscal.

### **3.- Remedios particulares de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal**

#### 3.1 Planteamiento general

Desde un punto de vista particular, hemos de partir de lo dispuesto en el art. 7.1 de la LPH, según el cual, *al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca, o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*. En Cataluña, el art. Equivalente es el 553.40 CCCat., según el cual, *los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa*.

De manera que, los mecanismos con que cuentan las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal son básicamente dos, a saber: 1) La aprobación de una norma estatutaria que prohíba o restrinja el ejercicio de la actividad de explotación de viviendas turísticas; 2) El ejercicio de la acción de cesación de los arts. 7 LPH y 553-40 CCCat, para el caso de que la actividad de explotación resulte dañosa para la finca, o contraventa las disposiciones generales sobre actividades molestas, o resulte ilícita, y, en Cataluña además en el caso de que la actividad altere de forma grave la normal convivencia. Junto a lo anterior, las comunidades siempre contarán con la posibilidad de recurrir a la interposición de la correspondiente denuncia ante la administración pública, en el caso de que la vivienda no cumpla con los presupuestos previstos en la ley para su explotación para uso turístico.

#### 3.2 La inclusión de cláusulas estatutarias que prohíban la actividad de arrendamiento para uso turístico

Desde un punto de vista de la aprobación y modificación de los estatutos, la LPH establece un sistema extraordinariamente riguroso, por cuanto que el art. 17.6 exige de la unanimidad de los propietarios. Por dicha razón, el escenario posible de inclusión de este tipo de cláusulas es el de incorporación en los

estatutos originales por parte del promotor en el momento de constitución del régimen de la propiedad horizontal (otorgamiento de la escritura de división horizontal).

Si lo que pretendemos es modificar los estatutos de forma sobrevenida y teniendo en cuenta que uno de los propietarios que ha de prestar su consentimiento es el dueño del piso o vivienda en la que se desarrolla o explota la actividad de uso turístico, la obtención del consenso unánime se convierte en prácticamente imposible; ya que, únicamente en el caso de que el propietario interesado sea moroso, o actúe de forma negligente, permitirá a la comunidad de propietarios adoptar en Junta la norma estatutaria que prohíba el desarrollo de la actividad de explotación de viviendas turísticas.

Más probable es la obtención de la modificación estatutaria en Cataluña, donde el art. 553-26.2 a) CCCat. requiere sólo del voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar, a su vez, las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para modificar los estatutos.

Ante la posibilidad cierta de que las comunidades de propietarios se reúnan para impedir el desarrollo de actividades en los elementos privativos, surge de inmediato la cuestión de ¿hasta qué punto el interés colectivo puede privar de forma sobrevenida al titular dominical de un elemento privativo de una facultad esencial, como es servirse del elemento privativo para los usos y servicios que tenga por conveniente? Ello sin contar con el consentimiento expreso del mismo.

Para un importante sector doctrinal, es perfectamente lógico y coherente que las comunidades de propietarios, en aras a garantizar una normal convivencia, configuren toda una serie de prohibiciones o restricciones al dominio de sus integrantes, las cuales disfrutan del carácter de generales y encuentran expreso amparo legal, habida cuenta de que, tanto la LPH como el art. 553 CCCat, reconocen la validez de este tipo de cláusulas estatutarias. Todo ello siempre y cuando la aprobación de las restricciones no encierre ningún tipo de discriminación. En el mismo sentido se pronuncia la sección 10ª de la AP Madrid, en su sentencia de 10 de noviembre de 2017, al entender que estas cortapisas o restricciones de facultades dominicales están justificadas y son proporcionales.

A favor de este argumento está el hecho de que el Tribunal Constitucional haya reconocido la validez de este tipo de restricciones, las cuales se encuentran justificadas por la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes en los edificios sujetos a este especial régimen de dominio. Restricciones que en modo alguno vulneran el art. 33 CE (STC de 21 de octubre de 1993 y 8 de marzo de 1999).

Hasta el año 2015, los tribunales catalanes resolvían la cuestión sobre la base del antiguo tenor del art. 553-25.4 CCCat, según el cual los acuerdos que disminuyesen las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria, como era el caso, requerían del consentimiento expreso de éste o

ésta. Como dicho consentimiento no concurría, entendía que la modificación estatutaria sobrevenida prohibiendo la actividad de uso turístico era ineficaz (vid por todas las SSTSJ de 25 de marzo de 2013 y 20 de febrero de 2012, así como la sentencia de la sección 19 de la AP Barcelona, de 21 de mayo de 2015).

La polémica ha dado lugar a muchos y muy variados pronunciamientos judiciales, siendo los más relevantes los realizados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) el 19 de mayo de 2016, 28 de abril de 2014, 10 de marzo de 2014 y 20 de febrero de 2012.

El Alto Tribunal catalán ha optado por una solución salomónica no exenta de crítica, la cual parte de determinar si algún propietario había iniciado o no el ejercicio de la actividad de vivienda de uso turístico antes de la aprobación de la regla estatutaria que prohíbe la misma. En dicho caso, opta por considerar que la restricción estatutaria de destino no será oponible a terceros con efectos retroactivos, ya que cuando adquirieron la propiedad de su entidad privativa, la limitación no constaba inscrita en el Registro de la Propiedad.

La solución adoptada se sitúa en la misma línea de la Doctrina sentada por la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques en resoluciones como las de 21 de abril de 2010, 28 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2014, 24 de octubre de 2014 y 7 de enero de 2015, en el sentido de que en la propiedad horizontal el interés de cada propietario se supedita al interés general de la comunidad, pero sin que las mayorías puedan eliminar derechos y facultades adquiridos por cada uno de los propietarios en su día. Se trata de posibilitar que pueda adoptarse la decisión de cara a terceros y futuros adquirentes, salvando los derechos de los propietarios afectados que se opongan.

No comparto ni la solución ni los argumentos que exponen el TSJC o la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, por cuanto que en mi opinión si el legislador ha considerado que la junta de propietarios, por la mayoría cualificada de las cuatro quintas partes de los propietarios y cuotas de participación, puede adoptar el acuerdo de modificación de los estatutos conforme al procedimiento de formación sucesiva de acuerdos previsto en el art. 553-26 CCCat y si el Tribunal Constitucional considera que las restricciones estatutarias al destino de los elementos privativos no atentan contra el art. 33 de la CE, la solución lógica es entender que cualquier acuerdo que adopte la junta de propietarios para modificar los estatutos en dicho sentido es vinculante para todos y cada uno de los propietarios, incluidos los disidentes, tal y como establece el art. 553-30.1 CCCat.

De hecho, la interpretación del TSJC deja abiertas serias dudas en cuanto a cuáles son los propietarios a los que no se aplicará retroactivamente la restricción, ¿aquellos que hubieran ya destinado la vivienda a uso turístico o todos y cada uno de los disidentes y demás propietarios que se hubiesen opuesto al acuerdo de modificación estatutaria?

En mi opinión, la inoponibilidad registral de las cláusulas estatutarias no inscritas en el Registro de la Propiedad, que predica el apartado 3 del art. 5

LPH, o el art. 553-11.3 CCCat., hace referencia a las cláusulas estatutarias aprobadas y no inscritas en el momento de consumarse la adquisición del piso o local por parte del tercero de buena fe. En modo alguno se refiere a que pueda construirse sobre la misma un sistema de eficacia relativa de los acuerdos estatutarios que puedan adoptarse *ex post*, esto es, una vez ese propietario ya ha ingresado en la comunidad. Una vez el propietario se integra en la comunidad, queda sujeto a la eficacia de los acuerdos que puedan alcanzarse a partir de entonces, entre ellos, claro está, los de modificación de los estatutos.

Además, tanto la LPH como el CCCat., contemplan mecanismos de defensa por parte del propietario que se sienta perjudicado por la cláusula estatutaria, que entiendo son los que tiene que hacer valer cuando considere que la actuación comunitaria es arbitraria o le genera un considerable perjuicio. Efectivamente, tanto el art. 18 LPH, como el art. 553-31 CCCat., contemplan como motivo para impugnar los acuerdos comunitarios el hecho de que los mismos resulten gravemente perjudiciales para un propietario concreto, o se adopten con manifiesto abuso de derecho.

Entiendo que lo que hace el TSJC es utilizar un subterfugio para mantener la validez del acuerdo estatutario adoptado en la junta, aún a pesar de su carácter gravemente perjudicial para el propietario concreto que ya había iniciado el ejercicio de la actividad de explotación de la vivienda para uso turístico y adquirido compromisos con terceros, modificando el alcance del acuerdo; de manera que el mismo afecte a todos los propietarios desde su adopción, excepto al que ya había iniciado la actividad, a quien no afectará, salvo en el momento en el que transmita la vivienda a tercero. El futuro adquirente de la vivienda sí que se verá afectado por el acuerdo estatutario, salvo claro está, que se trate de un tercero de buena fe y la cláusula estatutaria no se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad.

La matización que el TSJC hace del alcance el acuerdo estatutario de prohibición de la actividad de explotación de viviendas turísticas, por su propia argumentación, habría de ser aplicable no sólo a quien ha iniciado el ejercicio de la actividad, sino también a cualquier propietario que se oponga a la adopción del mismo, ya que la irretroactividad de la restricción, por no existir la misma en el momento de la adquisición del elemento privativo, es igualmente alegable por éstos. Sólo así puede entenderse que diga *“Cuestión distinta es que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad al impedirlo el art. 553-11.3 CCCat y por vulnerar el principio de la seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 CE”*.

De nuevo discrepo del criterio del Alto Tribunal, ya que la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de las posibles limitaciones estatutarias en el régimen de la Propiedad Horizontal ha refrendado que las mismas se encuentran justificadas por la confluencia de derechos de igual clase y, por consiguiente, las mismas no alteran el principio de seguridad jurídica. Por ello, si el legislador entiende que las mismas pueden adoptarse por una mayoría cualificada y sin necesidad del consentimiento expreso de todos y cada uno de

los propietarios, el acuerdo que se adopte siguiendo lo dispuesto en la norma será, en principio, válido y eficaz frente a todos los integrantes de la comunidad, incluidos los disidentes, salvo que los tribunales entiendan que el acuerdo es gravemente perjudicial, se ha adoptado con abuso de derecho, o con vulneración de lo dispuesto en la ley.

Diferente sería que fuese la propia comunidad de propietarios, al amparo de la autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1255 CC, la que aprobase el acuerdo estatutario de restricción de la actividad de explotación de viviendas turísticas, limitando su eficacia a todos los propietarios que no hubiesen iniciado ya dicha explotación y aplazando la eficacia de la misma respecto al resto al momento en el que transmitan sus pisos o locales. En ese caso y dado que la razón del acuerdo estaría completamente justificada, entiendo que el acuerdo sería plenamente válido.

En cualquier caso y desde un punto de vista práctico, mi consejo para todas aquellas comunidades de propietarios que deseen afrontar el establecimiento de una prohibición estatutaria para la actividad de explotación de viviendas de uso turístico, es que convoquen una junta de propietarios al efecto y adopten el acuerdo por el riguroso régimen de unanimidad, si el inmueble se encuentra fuera de Cataluña y por de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas (80% de propietarios y cuotas de los propietarios con derecho a voto), si el inmueble está en Cataluña.

En cuanto a la recomendación para aquellos propietarios que se enfrenten a la aprobación de una restricción estatutaria cuando ya habían iniciado la explotación de la vivienda para uso turístico, habrán de acogerse a la eficacia irretroactiva que vienen predicando los tribunales catalanes; si bien, en mi opinión, lo correcto sería impugnar el acuerdo adoptado, diferenciándose aquí según se aplique la LPH o el CCCat. En el primer caso, si el acuerdo no se adoptó por unanimidad, el propietario deberá impugnarlo por ser contrario a la ley, en el plazo de caducidad de un año; también podría impugnarlo por ser gravemente perjudicial para él, o por haberse adoptado con abuso de derecho, en cuyo caso el plazo de caducidad es de tres meses. En Cataluña, si el acuerdo no se ha adoptado con la mayoría cualificada de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas de propietarios con derecho a voto, o si se entiende que el acuerdo se ha adoptado con manifiesto abuso de derecho, se podrá impugnar en el plazo de caducidad de un año; mientras que si se considera que el acuerdo es gravemente perjudicial, habrá de impugnarse en el plazo de 3 meses.

Un aspecto diferencial muy importante entre la LPH y la norma catalana es el del *dies a quo* para el cómputo de los plazos indicados. En la norma estatal habrá que estar al dato de si el propietario que impugna estuvo o no presente en la junta en la que se adoptó el acuerdo, ya que si estuvo presente, el plazo comenzará a contar desde el día de la celebración de la junta; mientras que si estuvo ausente, el plazo se computará desde que le sea notificada el acta de la junta de propietarios. En Cataluña, en cambio, con independencia de que el propietario estuviese presente o ausente en la junta, el plazo comenzará a

contar desde que le sea notificado el anexo del acta previsto para los acuerdos de formación sucesiva (art. 553-31.4 CCCat.).

No obstante, he de advertir que, frente a la recomendación personal efectuada, la polémica interpretación que el TSJC hace sobre la irretroactividad de las cláusulas estatutarias adoptadas por la comunidad de propietarios, hace que aquellos propietarios de pisos o locales que quieran impugnar la misma por considerarla abusiva o gravemente perjudicial, se encuentren con sentencias como la de la sección 13 de la AP Barcelona de 5 de julio de 2017, que desestiman la pretensión, precisamente, por el carácter no retroactivo de la cláusula. En dicha sentencia se indica que el acuerdo no es abusivo, ya que el abuso de derecho debe quedar claramente patentizado por las circunstancias subjetivas de una intención de perjudicar o de faltar a un interés serio y legítimo y por las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, siendo así que el imponer una restricción de uso general es plenamente legítimo y en modo alguno anormal.

### 3.3 El ejercicio de la acción de cesación

A la vista de la dificultad que representa adoptar un acuerdo estatutario que restrinja las actividades a desarrollar en los elementos privativos del edificio, resulta evidente que la principal arma con el que cuentan estas comunidades de propietarios para poder evitar los daños y perjuicios apuntados en apartados anteriores, es el de la acción de cesación prevista en los arts. 7.2 LPH y art. 553-40 CCCat.

Para que proceda dicha acción y partiendo de la inexistencia de una norma estatutaria que restrinja la actividad de arrendamiento para uso turístico, lo primero que debe hacerse es dirigirse al presidente de la comunidad, acreditando las molestias o daños que la actividad genera en la normal convivencia. El presidente, después de verificar la realidad de las molestias o daños, debe remitir un requerimiento al propietario de la entidad privativa y al titular de la explotación de la vivienda, si es que fueran distintos. Si los requeridos persisten en el ejercicio de la actividad en las condiciones molestas o dañinas para la finca, el presidente deberá proceder a la convocatoria para la celebración de una junta extraordinaria, en la que decidir el inicio de acciones judiciales para el cese de la citada actividad.

El acuerdo de la junta de propietarios para autorizar el ejercicio de acciones deberá adoptarse, en aplicación de la LPH, por la simple mayoría de propietarios y cuotas del total edificio, si la junta se celebra en primera convocatoria y por la mayoría de propietarios y cuotas presentes en la reunión si la junta se celebra en segunda convocatoria (art. 17.7 LPH). En Cataluña, y dado que la reforma introducida en el CCCat. por la Ley 5/2015 suprimió el sistema de la doble convocatoria, bastará con la mayoría de los propietarios y cuotas partícipes en la votación (art. 553-25.2 f CCCat.).

La demanda deberá acompañarse del requerimiento previo efectuado para el cese de la actividad, junto con la certificación del acuerdo adoptado por la junta

de propietarios mencionado en el párrafo anterior. La demanda deberá dirigirse contra el propietario y, en su caso, también, contra el tercero que haya cedido la vivienda para uso turístico, de no ser el propietario. En la demanda se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares como el cese inmediato de la actividad, en cuyo caso deberán acreditarse los requisitos generales de la apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* y el ofrecimiento de la correspondiente caución o fianza (art. 728 LEC). El suplico de la demanda contendrá la solicitud de condena a que se cese en el ejercicio de la actividad, bajo pena del delito de desobediencia y a que, en su caso, se abonen los daños y perjuicios causados. A su vez, podrá contener la solicitud de la comunidad y si la situación así lo justifica, la privación del uso al propietario de la vivienda por un plazo no superior a 3 años. En el caso de que el infractor no sea el propietario del elemento privativo, podrá solicitarse del tribunal que declare extinguidos los derechos del infractor sobre la vivienda, así como su lanzamiento inmediato (art. 7.2 LPH y 553-40 CCCat).

La competencia territorial corresponde a los juzgados y tribunales del lugar en el que se encuentra ubicada la finca (art. 52.1.8 LEC) y el procedimiento se seguirá por los trámites del procedimiento ordinario de los arts. 399 a 436 LEC (art. 249.1.8 LEC).

A partir del conocimiento del procedimiento a seguir, debe profundizarse en lo que han dicho los tribunales de justicia en relación a los casos que se les han planteado hasta la fecha sobre pisos destinados a arrendamiento de uso turístico.

Una primera cuestión es la de si es posible entablar la demanda antes incluso de que se haya iniciado la actividad, en la previsión de las, más que probables, molestias que la misma habrá de ocasionar. La respuesta de los tribunales, creo que acertada, ha sido negar dicha posibilidad. Como bien indica el TSJC en su sentencia de 19 de mayo de 2016, no estamos ante una actividad que *per se* y en abstracto suponga un daño o peligro para el edificio, siendo así que el trasiego de ocupantes que puede generar no tiene por qué ser superior al de otras actividades habituales en los edificios, como el establecimiento de despachos profesionales, o locales abiertos al público. Además, se trata de una actividad que no se encuentra excluida por las normas urbanísticas, ni va en contra de las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas, o ilícitas.

En consecuencia, los tribunales habrán de analizar caso por caso y comprobar si el concreto ejercicio que se viene haciendo de la vivienda por los turistas en cuestión resulta molesto o perjudicial para la finca, o atenta contra la normal convivencia, siempre teniendo en cuenta el nivel de tolerabilidad que debe aceptarse en el seno de los colectivos que se forman en torno a los inmuebles sujetos al especial régimen de la propiedad horizontal.

En este punto, cobra especial consideración lo que los tribunales vienen considerando conductas incívicas dentro de la comunidad. En este punto, el TSJC, en su sentencia de 20 de febrero de 2012, sostiene que la calificación de una actividad como molesta o contraria a la normal convivencia supone,

como concepto jurídico indeterminado, una cuestión casuística que deberá ser resuelta conforme a las circunstancias de cada caso concreto, debiendo entenderse como “normal convivencia”: *aquella que se produce en circunstancia estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano.*

Sobre la base de esos límites y dado el carácter extraordinario que deben tener las restricciones al derecho de propiedad, los tribunales vienen exigiendo que la conducta incívica reúna los caracteres de continuada y grave. Así, por ejemplo, en la sentencia que acabo de comentar, el Alto Tribunal catalán declaró como contraria a la normal convivencia y, en consecuencia, condenó al cese de la actividad, por entender que se habían producido *actos incívicos de notoria importancia que traspasaban el umbral de la mera incomodidad para convertirse por su duración e intensidad en conductas reprobables que afectan a derechos esenciales de los miembros de la comunidad como son los derechos económicos y sus derechos a la salud y al descanso que el ordenamiento jurídico no les obliga a soportar.*

Por consiguiente, la clave para que una comunidad de propietarios pueda conseguir el cese de una actividad de uso turístico en el alguna de sus viviendas, se encuentra en que acumule toda una serie de pruebas que le permita acreditar, a juicio del juzgador, que se han producido actos incívicos de forma grave y continuada. Dichas pruebas pueden venir constituidas por la realización de reportajes gráficos o video gráficos; la interposición de denuncias a la Guardia Urbana, que vengan acompañadas por la adopción de medidas concretas sobre las molestias denunciadas; denuncias reiteradas ante organismos públicos, que son los que han de velar por el cumplimiento de la actividad sometida a licencia; la remisión de escritos de queja o de denuncia al administrador por parte de los vecinos; la declaración de testigos, etc. También es importante hacer constar estas quejas en las juntas de propietarios, para que queden reflejadas en el acta que se elabore de las mismas.

Sobre la importancia del testimonio de los propios vecinos, los tribunales han indicado que se trata de una prueba directa que en modo alguno puede considerarse inhábil por el carácter de interesados, debiendo ser los jueces los que valoren los mismos conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC). En tal sentido, es muy ilustrativa la sentencia de la sección 1ª de la AP Barcelona, de 3 de febrero de 2017.

De hecho y como conclusión de esta parte del estudio: *la actividad de uso turístico de los pisos situados en edificios regidos por las normas de la propiedad horizontal no son actividades ilegales o ilícitas per se y en abstracto consideradas si no se hallan prohibidas en los Estatutos y se encuentran autorizadas administrativamente, pero puede acordarse el cese de la actividad si por el modo de ejercicio producen en la Comunidad alteraciones graves en la normal convivencia (STSJC de 12 de junio de 2017).*

Nos encontramos ante un tema que quedará exclusivamente a la valoración de los jueces y tribunales en función de las pruebas practicadas; por lo que lo fundamental en estos casos es armarse de un completo y exhaustivo material

probatorio. Eso explica que, en casos, como los que dieron lugar a las sentencias de la sección 1ª de la AP Barcelona, de 27 de diciembre de 2017 o de la sección 13ª de la AP Barcelona, de 5 de julio de 2017, o de la sección 19 de la misma AP de fecha 21 de mayo de 2015, se desestimen las demandas por falta de prueba de la gravedad y continuidad del pretendido comportamiento incívico de los usuarios de la vivienda de uso turístico.

### 3.4 La denuncia de la actividad ante los organismos públicos

Como hemos visto en apartados anteriores, las CCAA son las encargadas de regular el ejercicio de la actividad de alojamiento turístico, siendo así que la mayoría optan por incluir la obligación de comunicación previa e inscripción en el Registro administrativo constituido al efecto. En otras se establece la obligación de presentar un registro de clientes y guardarlos durante tres años (Andalucía, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, La Rioja y Madrid). En algunos casos, incluso, se exige la aportación de un seguro de responsabilidad civil, como es el caso de Navarra, Asturias, Baleares, Madrid, Cantabria y Galicia y en otros se establecen especiales controles sobre la publicidad de este tipo de viviendas, como es el caso de Valencia.

Junto a la normativa autonómica, son los municipios los encargados de regular el planeamiento urbanístico, el sistema de cambio de usos y el procedimiento de concesión de licencias y permisos.

En línea con el obligado cumplimiento de la normativa autonómica y local, tanto la comunidad de propietarios como cualquier propietario u ocupante integrante de la misma, podrán presentar denuncia ante el Ayuntamiento correspondiente, solicitando que los servicios técnicos municipales procedan a realizar las inspecciones y comprobaciones pertinentes y, a resultas de las mismas, se ordene el cese de la actividad e impongan las sanciones y demás medidas que puedan corresponder.

En este sentido, las diferentes normas antes expuestas coinciden en exigir, como uno de los presupuestos necesarios para poder explotar una vivienda para su cesión en uso turístico, el de que el titular de la explotación cuente con un permiso o licencia municipal exigido por las administraciones y organismos públicos.

Son muchas las medidas que se vienen adoptando en los Ayuntamientos de las principales ciudades de nuestro país para tratar de localizar el gran número de alojamientos turísticos ilegales que existen en las mismas. En ciudades como Barcelona, se han desarrollado mecanismos como el establecimiento de una página web para comprobar si una vivienda de uso turístico es legal (tiene los correspondientes permisos), o no; la realización de campañas dirigidas a las turistas para que denuncien las irregularidades que puedan observar en su estancia, o la remisión de requerimientos a las plataformas digitales que ofrecen viviendas de uso turístico para que faciliten los datos identificativos de las personas que sacan a alquiler sus viviendas.

En Madrid, la alcaldesa Manuela Carmena ha anunciado la elaboración de un censo de las viviendas turísticas que operan en la capital y que se estiman entre 15.000 y 20.000, limitando el número máximo de licencias a conceder por barrio, en función del nivel de saturación y previéndose la imposición de una tasa para el ejercicio de la actividad. Paralelamente está prevista en la capital la elaboración de un Plan Especial de Alojamientos Turísticos, sometiéndose a suspensión la concesión de licencias mientras se elabora el mismo.

Muchas CCAA han optado por multar también a los operadores que hacen publicidad de pisos sin licencia. Es el caso de Barcelona, Baleares y Asturias, entre otras. En Baleares, el Gobierno autonómico ha abierto recientemente un expediente sancionador a la empresa comercializadora de pisos turísticos "Airbnb", por publicitar pisos sin licencia en Mallorca, proponiendo la imposición de una sanción de 300.000€; previamente ya había abierto otros a "Tripadvisor".

La realidad es que la denuncia ante los servicios municipales correspondientes es también una herramienta muy útil y recomendable para hacer frente al desarrollo ilegal de la actividad, ya que, son muchos los casos en los que los pisos en cuestión no cumplen con los requisitos exigidos por la normativa aplicable. Para hacernos una idea del alcance del problema, en la ciudad de Barcelona se estima que en torno al 40% de los pisos turísticos existentes no cuenta con la licencia exigible y, por consiguiente, son ilegales.

El resultado es la apertura de innumerables expedientes disciplinarios, gran parte de ellos sancionadores, con una multiplicación exponencial de las órdenes de cese de actividad. Por ejemplo, el plan de choque que inició el Ayuntamiento de Barcelona en el mes de julio de 2016, en el primer año de aplicación trajo como resultado la apertura de 6.197 expedientes, la imposición de 3473 sanciones y la pronunciación de 2.332 órdenes de cese. Por su parte, según datos publicados por El Confidencial el pasado día 7 de marzo de 2018, en Madrid, la Agencia de Actividades del Ayuntamiento ha abierto expedientes administrativos a 106 viviendas durante los últimos ocho meses; si bien la actuación inspectora no se ve seguida hasta la fecha de una eficacia sancionadora, ya que desde 2014, ya que el número de sanciones es todavía muy reducido.

En definitiva, nos encontramos ante un problema de enorme actualidad, ni mucho menos resuelto y que, con total seguridad, seguirá dando mucho que hablar en los próximos años, constituyéndose en uno de los temas fundamentales de la regulación del sector turístico por las CCAA y su implementación por las entidades locales.