

**La problemàtica dels habitatges d'ús turístic en l'àmbit de la propietat
horitzontal a Catalunya**

Maria Eugènia Alegret. Acadèmica de número i Magistrada del TSJCat.

Lluís Jou i Mirabent. Acadèmic de número i Notari de Barcelona.

Barcelona 7 de febrer de 2017

1.- Plantejament

La forta atracció turística que té Barcelona com a destinació de milers i milers de viatgers ha comportat la necessitat de disposar dels allotjaments necessaris per atendre a la creixent demanda.

El fenomen, com no podia ser d'altra manera, ha suscitat l'interès dels poders públics que es debaten entre dos paradigmes sovint contradictoris: Mantenir l'activitat turística de Barcelona que suposa per a la ciutat una ingent font d'ingressos i de llocs de treball i conciliar l'activitat turística i la presència permanent a Barcelona de múltiples visitants amb la vida quotidiana dels barcelonins a la seva ciutat.

L'Ajuntament de Barcelona s'esforça per fer compatible ambdues situacions i desplega plans de control o limitació de les llicències administratives que exigeixen la destinació d'una gran quantitat de pisos a Barcelona, sobretot en determinades zones, com a habitatges d'ús turístic. La col·lisió dels interessos que es troben en joc, la il·lustren les dues notícies següents:

Notícia del Periódico del dia 28 de juny 2016:

“En Barcelona conviven 9.706 pisos turísticos con licencia, y una cifra indeterminada de ilegales, que además suponen ingresos sin declarar. Pero sea cual sea su condición, unos y otros pueden resultar una pesadilla para la comunidad si los alojados son molestos o incívicos y no están controlados por los propietarios o gestores.... La patronal Apartur señala que la cifra de pisos problemáticos está por debajo del 1% respecto del total de la actividad y reivindica más oferta legal para alcanzar a la demanda de camas en Barcelona.

Es el caso de la finca número 54 de Gran de Gràcia, donde supuestamente hay uno ilegal y otros dos legales (estos confirmados por el consistorio). Pero el matiz de la autorización no evita que estos dos últimos hayan amargado la vida de algunos vecinos, que se quejan a este diario de ruidos, entrada y salida de gente a cualquier hora, borracheras, llamadas intempestivas a su timbre y suciedad en la escalera.”

Noticia del Periódico del día 27 de enero de 2017

“No voy a renunciar al piso turístico que tengo hace 12 años porque el ayuntamiento decidiera aleatoriamente extinguir solo los de Ciutat Vella”, afirma el propietario de un piso legal (con licencia) en la Rambla. El afectado ya ha emprendido acciones legales contra la medida que estipula que en septiembre del 2019 todos los apartamentos por días para turistas que no se hayan agrupado en edificios completos tendrán que cesar su actividad. Tanto él como varios cientos de titulares de pisos autorizados en el distrito se sienten "discriminados" ante las reglas impuestas en su zona desde el plan de usos del distrito. Anuncian que si les retiran la actividad reclamarán por supuesta pérdida patrimonial y lucro cesante, lo que los abogados estiman entre 100.000 a 300.000 euros de indemnización por caso, a cuenta de las arcas municipales.

El plan especial urbanístico de alojamiento turístico de Barcelona (PEUAT) que en principio aprobará este viernes Ada Colau con apoyo del PSC y ERC establece el patrón de desarrollo del alojamiento turístico en la ciudad. Parte de la división de la capital catalana en cuatro zonas y del decrecimiento natural de la zona 1 (que incluye todo Ciutat Vella y varios barrios del Eixample y Sants-Montjuïc), donde si se da de baja una cama no se puede generar ningún alta. Sin embargo, en Ciutat Vella, donde los pisos turísticos afloraron hace tres lustros, ya se determinó hace años que los 604 legales debían reagruparse o morir en el 2019.”

També els propietaris de pisos en immobles establerts en règim de propietat horitzontal es debaten en la mateixa dicotomia: la de treure un rendiment elevat i ràpid dels seus pisos, destinant-los a habitatge d'ús turístic, o el de viure tranquil a l'edifici, sense la molèstia que potser pot ocasionar a la comunitat en general i als veïns en particular el canvi continuat d'estadants desconeguts amb arribades i sortides a tota hora, el soroll de festes nocturnes i, en ocasions, el poc respecte per les instal·lacions comunes.

No és estrany, doncs, que la qüestió hagi arribat als Tribunals en litigis empresos per les Comunitats de propietaris contra propietaris d'habitatges d'ús turístic i, al revés, propietaris que s'oposen als acords comunitaris que els prohibeixen la destinació al·ludida i, també, als Registres de la Propietat i a la Comissió que assessora el Departament de Justícia en la resolució dels recursos contra les qualificacions negatives dels registradors. Finalment, també ha arribat al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

2.- Aspectes jurídics de la problemàtica

2.1. Aspectes administratius

L'anàlisi del fenomen des del punt de vista del dret té diverses perspectives. La primera és l'administrativa, en la qual no aprofundirem, que en termes

generals, suposa que l'activitat d'un pis com a habitatge o apartament d'ús turístic és una activitat regulada administrativament per a la qual es necessita el permís oportú.

En segon lloc que no es pot confondre en la regulació legal catalana l'habitatge d'ús turístic amb els apartaments turístics.

La Llei de turisme 13/2002, de 21 de juny, ja va tenir prendre en consideració els allotjaments turístics en els articles 43 i 44 i en l'article 50.4 sense distingir, encara, entre allotjaments, apartaments turístics o habitatges d'ús turístic

Posteriorment, el preàmbul de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, va mostrar la seva preocupació per la sobreocupació dels habitatges, els infrahabitatges i la conversió il·legal d'habitatges en allotjaments turístics, precaris, sobreocupats i sotmesos a preus abusius.

La norma va definir, en l'article 3 l'habitatge d'ús turístic com aquell en que els propietaris en cedeixen l'ús a tercers, amb l'autorització de l'administració competent, en condicions de disponibilitat immediata per a una estada de temporada, en règim de lloguer o qualsevol altra forma que impliqui contraprestació econòmica.

Després de la promulgació d'aquestes lleis, els allotjaments turístics van ser objecte de regulació administrativa, primer pel Decret 106/2008, de 6 de maig, que ja els va contraposar a la nova figura de l'habitatge d'ús turístic creada per la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, abans esmentada, i posteriorment pel Decret 183/2010, de 23 de novembre, que va definir els establiments d'allotjament turístic com aquells locals i instal·lacions oberts al públic on, de manera habitual i amb caràcter professional, les persones titulars ofereixen a les persones usuàries, mitjançant un preu, un allotjament temporal en les unitats d'allotjament, així com uns altres serveis turístics, d'acord amb les condicions establertes en aquesta norma, sense que en aquest cas es puguin constituir en habitatges.

Per part seva, la regulació dels habitatges d'ús turístic va ser desplegada pel Decret 164/2010, de 9 de novembre, que va pretendre conciliar els interessos generals de la col·lectivitat —atès el que representa a Catalunya l'activitat relacionada amb el turisme com a font de riquesa i de desenvolupament econòmic (al voltant del 12,5 del PIB)— amb els interessos particulars dels ciutadans afectats.

En aquest reglament es va definir l'habitatge d'ús turístic com aquell que, comptant amb l'autorització administrativa pertinent, els seus titulars per si mateixos o a través d'un intermediari, cedeixen el seu ús a tercers en condicions de disponibilitat immediata per a una estada de temporada, en règim de lloguer o sota qualsevol altra forma que impliqui una contraprestació econòmica (art. 1).

Amb tot, l'article 3.3 del Decret esmentat ja va establir que no era possible destinar un habitatge a ús turístic si estava prohibit per l'ordenació d'usos del sector on es trobés o si estava limitat pels estatuts de la comunitat en edificis sotmesos al règim de la propietat horitzontal, de conformitat amb l'article 553-11 del Llibre V del CCCat, al qual ens hem referit abans.

En l'article 3.4 es recorda que el propietari de l'habitatge és responsable de la destinació que li dóna amb caràcter general, incloses les obligacions i limitacions derivades del règim de propietat horitzontal, davant de la comunitat de propietaris i de tercers, d'acord amb el que s'estableixen els articles 553-37, 553-40 i 553-47 del Codi civil de Catalunya, aquests últims reguladors de les activitats molestes.

El mateix Reglament possibilita l'actuació dels titulars dels habitatges d'ús turístic davant dels comportaments incívics dels seus ocupants quan indica, en l'article 5.8, que *En el cas que la persona usuària d'un habitatge d'ús turístic atempti contra les regles bàsiques de la convivència o incompleixi ordenances municipals dictades a l'efecte, la persona titular de la propietat o la persona intermediària responsable de la comercialització de l'habitatge ha de requerir, en el termini de 24 hores, el cessionari perquè abandoni l'habitatge.*

La concepció dels apartaments turístics i dels habitatges d'ús turístic, tal com van quedar definits després de la promulgació de la Llei 9/2011, de 29 de desembre, que va modificar la Llei de turisme de 2002 i la Llei de l'habitatge de 2007, va donar peu a integrar en un sol Decret, el 159/2012, de 20 de novembre, la regulació dels establiments d'allotjament turístic i els habitatges d'ús turístic, i a la consegüent derogació dels decrets 164 i 183/2010.

Segons aquest Decret, els establiments d'apartaments turístics són edificis o conjunts continus constituïts, en la seva totalitat, per apartaments o estudis, com a establiment únic o com a unitat empresarial d'explotació, amb els serveis turístics corresponents (article 37 del Decret 159/2012), mentre que els habitatges d'ús turístic (article 66 i següents) són aquells que són cedits pel seu propietari directament o indirectament a tercers de forma reiterada a canvi d'una contraprestació econòmica, i han d'estar suficientment moblats i dotats dels béns necessaris, i se n'ha de garantir un servei de manteniment, per la qual cosa es poden trobar situats en edificis d'habitatges sotmesos a les normes de la propietat horitzontal.

Per centrar la qüestió en aquesta comunicació, cal insistir en el concepte administratiu d'habitatge d'ús turístic, actualment regulat en el Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic. Segons l'article 66 *Tenen la consideració d'habitatges d'ús turístic aquells que són cedits pel seu propietari, directament o indirectament, a tercers, de forma reiterada i a canvi de contraprestació econòmica, per a una estada de temporada, en condicions d'immediata disponibilitat i amb les característiques que estableix aquest Decret.*

D'acord amb els articles 66 i 67 del Decret citat, que va derogar el precedent 183/2010, de 23 de novembre, *Els habitatges d'ús turístic se cedeixen sencers, i es considera estada de temporada tota ocupació per un període de temps continu igual o inferior a 31 dies, i es considera cessió reiterada quan es cedeix dues o més vegades dins el període d'un any. Han de disposar de la cèdula d'habitabilitat, han d'estar suficientment moblats i dotats dels aparells i estris necessaris per a la seva ocupació immediata i el propietari o propietària o*

la persona gestora en qui delegui ha de garantir un servei d'assistència i manteniment. A destacar, doncs, que llogar l'habitatge a unes persones durant quaranta dies entre juny i juliol, per exemple, i a unes altres durant altres quaranta dies entre agost i setembre, per exemple, no és destinar-lo a habitatge d'ús turístic però sí que ho és cedir-lo més d'una vegada per períodes iguals o inferiors a 31 dies.

Per destinar un habitatge a ús turístic és imprescindible fer una comunicació prèvia a l'Administració i complir tots els requisits que preveuen els articles 68 i següents del Decret 159/2012 que, en el seu punt 4, estableix que *La destinació d'un habitatge a l'ús turístic no és possible si està prohibida per l'ordenació d'usos del sector on es trobi o està prohibida pels estatuts de la comunitat degudament inscrits en el Registre de la propietat en edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal.*

2.2. Aspectes civils

A banda dels aspectes administratius, que són necessàriament introductoris, cal que analitzem els aspectes civils, que han generat una certa conflictivitat en els registres de la propietat i que han arribat tant a la Comissió de recursos del Departament de Justícia com als Tribunals i al TSJCat. I això és així perquè els habitatges destinats a usos turístics poden estar integrats – com és el més freqüent- en edificis sotmesos a les normes de la propietat horitzontal, regulada a Catalunya en el Títols cinquè, capítol tercer del Llibre V del CCCat., això és, en els seus articles 553-1 a 553-52, avui en la redacció que li va donar la Llei 5/2015, de 13 de maig.

En aquest àmbit s'han plantejat en essència dues qüestions:

- a) La possibilitat que la Comunitat de propietaris es pugui oposar a que es realitzi aquesta activitat en un dels elements privatis,
- b) La possibilitat que la Comunitat de propietaris pugui sol·licitar el cessament de l'activitat que ja es realitza en algun o alguns dels pisos perquè l'activitat constitueix una activitat il·lícita o molesta.

Ambdues qüestions han arribat als Tribunals en litigis empresos per les Comunitats de propietaris contra propietaris d'habitatges d'ús turístic i, al revés, propietaris que s'oposen als acords comunitaris que els prohibeixen la destinació al·ludida.

Finalment, el tema va arribar també a la Sala civil i penal que va dictar el passat any 2016 dues sentències. La sentència 33 i la 37 de l'any 2016 de 19 de maig.

En la Sentència 33/2016, de 19 de maig, encara que no era pròpiament matèria del recurs de cassació que es debatia, la Sala va aprofitar per aclarir si es podien adoptar acords comunitaris que impedissin la realització de tal activitat en l'immoble.

2.2.1 L'ús i la destinació dels elements privatis en el règim de propietat horitzontal. Els estatuts de la comunitat i llurs modificacions. Afectació a tercers.

La regulació actual de la propietat horitzontal a Catalunya està recollida en l'article 553 del CCCat, encara que l'article 551-2.2 ja diu que la comunitat en règim de propietat horitzontal es regeix pel títol de constitució, que s'ha d'adequar al que estableix el capítol III.

No obstant això, és perfectament possible subratllar, com a característica d'aquest tipus de comunitat, allò que ja deia l'exposició de motius de la Llei de 21 de juliol de 1960 quan afirmava que: *"Amb aquesta finalitat, a aquest objecte de la relació, constituït pel pis o local, s'hi incorpora el mateix immoble, les seves pertinences i els seus serveis. Mentre que sobre el pis stricto sensu, o espai delimitat i d'aprofitament independent, l'ús i el gaudi són privatis, sobre l'immoble, edificació, pertinences i serveis —abstracció feta dels espais particulars—, aquests ús i gaudi han de ser, naturalment, compartits.*

El sistema de drets i deures en el si de la propietat horitzontal apareix estructurat per raó dels interessos en joc.

Els drets de gaudi tendeixen a atribuir al titular les màximes possibilitats d'utilització, amb el límit representat tant per la concurrència dels drets de mateixa classe dels altres com per l'interès general, que es manifesta en la conservació de l'edifici i en la subsistència del règim de propietat horitzontal, que necessita una base material i objectiva. Per això mateix, íntimament units als drets de gaudi apareixen els deures de la mateixa naturalesa.

S'ha intentat de configurar-los amb criteris inspirats en les relacions de veïnatge procurant dictar unes normes dirigides a assegurar que l'exercici del dret propi no es tradueixi en perjudici de l'aliè ni en menyscapte del conjunt, per tal de deixar establertes les bases d'una convivència normal i pacífica."

Els estatuts de la comunitat constitueixen un conjunt de regles escrites i amb força de llei establertes de comú acord pels copropietaris d'un edifici subjecte al règim de propietat horitzontal per completar-ne i desenvolupar-ne l'ordenació legal.

De conformitat amb la normativa catalana (art. 553-11), els estatuts regulen els aspectes referents al règim jurídic real de la comunitat i poden contenir regles sobre la destinació, l'ús i l'aprofitament dels béns privatis i dels béns comuns; limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatis; exercici dels drets i el compliment de les obligacions o, entre d'altres, l'aplicació de despeses i ingressos i la distribució de càrregues i beneficis.

Els estatuts tenen caràcter convencional, però una vegada acordats es converteixen en normes que no poden ser modificades sinó és per l'acord dels propietaris amb les majories que requereix la llei.

El Tribunal Constitucional, en les Sentències 301/1993, de 21 d'octubre, i 28/1999, de 8 de març, va considerar que en el règim de propietat horitzontal la necessitat de compaginar els drets i interessos concurrents d'una pluralitat de propietaris i ocupants dels pisos justificava la fixació, legal o estatutària, de restriccions específiques o límits als drets d'ús i gaudi dels immobles per part dels seus titulars respectius, sense que això pogués afectar l'article 33 de la CE.

Ara bé, la mera descripció inicial que els propietaris originals de tota la finca haguessin fet dels diferents departaments en l'escriptura de divisió horitzontal pisos o locals, no obligava el propietari posterior de l'element privatiu a mantenir una destinació d'habitatge o de local, ja que com que la propietat es presumeix lliure, de conformitat amb l'article 541-1.1 del CCCat, després es pot canviar la destinació de la finca, si no es contravé a cap disposició legal o contractual.

L'article 553-10.2.c del CCCat, recull l'opinió de la jurisprudència, en establir que no cal el consentiment de la junta de propietaris per modificar el títol de constitució si les motiva: "*c) Les alteracions de la destinació dels elements privatis, llevat que els estatuts les prohibeixin expressament*", doctrina, d'altra banda, d'acord amb els principis que inspiren l'ordenament civil de Catalunya exposats, entre d'altres, en l'article 111-6 de la Llei primera del CCCat, en què s'estableix el principi de llibertat civil, raó per la qual les activitats que no es puguin fer a la finca per voluntat de la comunitat han d'estar expressament prohibides en els estatuts.

A Catalunya, a diferència del règim regulador de la Llei de Propietat Horitzontal de 21 de juliol de 1960, la modificació dels estatuts no requereix l'acord unànim dels membres de la comunitat, sinó només de les quatre cinques parts, incloses les limitacions en l'ús dels elements privatis, segons resulta del que disposa l'article 553-25.2, en relació amb l'article 553-26 del CCCat (abans de la reforma per llei 5/2015 de 13 de maig, art. 553-11).

Per tant, no era pertinent en aquests casos (llevat que la modificació estatutària es refereixi específicament a l'ús d'un pis o local concret i no a la generalitat dels departaments de la comunitat) la previsió de l'article 553-25.4, en la redacció primitiva, de conformitat amb la qual "*els acords que disminueixen les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament*", atès que interpretar-ho d'aquesta manera deixava buida de contingut la possibilitat de modificar els estatuts amb el règim dels 4/5.

En conseqüència, la Sala Civil i Penal en la STSJCat 33/2016, va acordar que l'acord que limiti les activitats que es poden dur a terme en els elements privatis, adoptat per la comunitat amb el quòrum de les 4/5 parts previst a l'article 553-25.2 del CCCat (actualment article 553-26.2) era vàlid i inscripció en el registre de la propietat encara que hi constés l'oposició del titular de la vivenda on es realitzés l'activitat.

Una qüestió diferent és que el canvi de destinació sigui oposable amb efectes retroactius als que van adquirir els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació en el registre de la propietat i la vulguin destinar a aquesta activitat, atès que ho impedeix l'article 553-11.3 del CCCat i perquè vulneraria el principi de seguretat jurídica establert a l'article 9.3 de la CE i el general de no retroactivitat de les normes perjudicials.

Això sens perjudici, lògicament, que l'acord, un cop inscrit, sigui eficaç i oposable als futurs tercers adquirents o, fins i tot, que pugui ser-ho en el moment en què es produeixi el cessament de l'activitat prohibida posteriorment.

Cal assenyalar que la Llei 5/2015, de 13 de maig, ha establert amb claredat que el consentiment exprés dels afectats només és exigible *ex* article 553-25.4 quan els acords modifiquin la quota de participació, o bé privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi dels *elements comuns* i els que determinin l'extinció del règim de la propietat horitzontal simple o complexa, encara que aquest article és controvertit en la doctrina.

Conclusions de l'anterior doctrina:

- a) Que la descripció que s'hagués fet en l'escriptura dels diferents pisos o locals no condiciona per si mateixa la destinació d'aquests elements privatis pel que poden ser canviats pels propietaris, inclosa la destinació turística de l'habitatge si els estatuts no la prohibeixen.
- b) Que si la activitat no es duu a terme en cap dels pisos o locals, la Comunitat pot legalment limitar l'ús dels seus pisos o locals modificant els Estatus si gens es deia o limitava anteriorment en ells. La limitació no resulta inconstitucional, i per adoptar l'acord n'hi ha prou amb que

s'obtingui la majoria de 4/5. L'acord resultarà vàlid i inscripció en el Registre de la propietat i afectarà als membres actuals de la comunitat i als tercers que adquireixin els pisos en un futur.

- c) Que si la activitat ja s'ha iniciat o es troba propera a fer-ho, l'acord comunitari pot ser igualment adoptat legalment si aconseguix el quòrum de les 4/5 parts i això encara que el propietari del pis en el qual s'exerciti aquesta activitat s'oposi. L'acord serà inscripció en el Registre de la propietat i afectarà a tercers adquirentes des d'aquest moment. No obstant això, l'acord no afectarà amb caràcter retroactiu a qui ja exercitava l'activitat i s'ha oposat al mateix encara que si la activitat cessés, també els seria oposable en el futur.

2.2.2 Activitats prohibides en els elements privatis en el règim de propietat horitzontal.

El Codi civil de Catalunya en la seva redacció del 2006, millorada el 2015, disposava, en l'article 553-40.1, que *els propietaris i els ocupants dels elements privatis no hi poden fer activitats contràries a la convivència normal en la comunitat o que malmetin o facin perillar l'edifici. Tampoc no poden fer les activitats que els estatuts o la normativa urbanística i d'usos del sector on hi ha l'edifici exclouen o prohibeixen de manera expressa*” i en l'art. 553-47, tant amb relació als elements privatis com als comuns, que *“els propietaris i els ocupants de pisos o locals no poden fer, en l'element privatiu o en la resta de l'immoble, activitats que els estatuts prohibeixin, que siguin perjudicials per a les finques o que vagin en contra de les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives, perilloses o il·lícites.*

Ara l'article 553-40, únic que regula la qüestió, disposa el següent:

1. Els propietaris i els ocupants no poden fer en els elements privatis, ni en la resta de l'immoble, activitats contràries a la convivència normal en la comunitat o que malmetin o facin perillar l'immoble. Tampoc no poden dur a terme les activitats que els estatuts, la normativa urbanística o la llei exclouen o prohibeixen de manera expressa.

2. La presidència de la comunitat, si es fan les activitats a què fa referència l'apartat 1, per iniciativa pròpia o a petició d'una quarta part dels propietaris, ha de requerir fefaentment a qui les faci que deixi de fer-les. Si la persona requerida persisteix en la seva activitat, la junta de propietaris pot exercir contra els propietaris i els ocupants de l'element privatiu l'acció per a fer-la cessar, que s'ha de tramitar d'acord amb les normes processals corresponents. Una vegada presentada la demanda, que s'ha d'acompanyar amb el requeriment i el certificat de l'acord de la junta de propietaris, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures cautelars que consideri convenients, entre les quals, la cessació immediata de l'activitat prohibida.

3. La comunitat té dret a la indemnització pels perjudicis que se li causin i, si les activitats prohibides continuen, a instar judicialment a la privació de l'ús i gaudi de l'element privatiu per un període que no pot excedir els dos anys i, si escau, a l'extinció del contracte d'arrendament o de qualsevol altre que atribueixi als ocupants un dret sobre l'element privatiu.

Els preceptes responen a la idea que el dret propi no s'ha de traduir en perjudici del dret aliè, per la qual cosa es legitima la comunitat de propietaris per fer cessar les activitats no permeses, que són: a) les que estan excloses o prohibides de manera expressa pels estatuts, és a dir, que provinguin de la lliure voluntat dels copropietaris; b) les que estiguin excloses de manera expressa per la normativa urbanística (la qual cosa obliga a examinar aquesta normativa); c) les que vagin contra les disposicions legals generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives o perilloses, en el cas de Catalunya regulades en la Llei 20/2009, de 4 de desembre; d) finalment, com a clàusula general, aquelles activitats o conductes que sense estar compreses en les anteriors, siguin contràries a la convivència normal en la comunitat o que danyin o facin perillar l'edifici.

D'aquesta forma es pot dir que la destinació per ús turístic d'un habitatge no és una activitat il·lícita ni prohibida per la llei, sinó expressament permesa per una norma amb rang legal, la Llei d'habitatge de 2007, tal com s'ha exposat abans.

Si l'activitat no està exclosa per les normes urbanístiques del sector (cosa que s'haurà d'examinar cas per cas) no es pot afirmar que vagi en contra de les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives, perilloses ja que no està establerta en cap dels annexos de la Llei catalana 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, ja que l'Annex III, punt 12.57, es refereix a establiments d'apartaments turístics, no als habitatges d'ús turístic.

Tampoc l'activitat per si mateixa i en abstracte, suposa un dany o perill per a l'edifici en la mesura que l'ús intensiu dels elements comunitaris pel tràfec dels ocupants no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat, sinó d'altres com despatxos professionals o locals oberts al públic, i pot ser compensat mitjançant l'activació del mecanisme previst a l'article 553-45.4 del CCCat, de conformitat amb el qual el títol de constitució o la junta poden establir un increment de la participació en les despeses comunes que correspon a un element privatiu concret, en el cas que hi hagi un ús o gaudi especialment intensiu d'elements o serveis comuns a conseqüència de l'exercici d'activitats empresarials o professionals en el pis o el local.

2.2.3. Criteris jurisprudencials en relació amb activitats molestes en el regim de propietat horitzontal.

La Sala civil i Penal s'ha pronunciat en diferents ocasions en relació amb aquest tema.

Així en la STSCat de 20-02-2012 va qualificar d'explotació hotelera la destinació turística de 10 apartaments d'un bloc de 24 habitatges, a més de constatar una sèrie d'actes contraris a les normes més elementals de convivència descrites en el primer Fonament Jurídic de la Sentència, com són el mal ús de l'ascensor, sorolls i festes nocturnes, vandalisme, brutícia en els replans amb restes de menjar, ampolles i preservatius o robatoris.

En la STSJCat de 28-04-2012 va considerar que l'activitat projectada (activitat industrial de recollida d'escombraries i tractaments de residus) en els subsòl del

immoble era incompatible amb la normal convivència d'un edifici d'habitatges i locals al centre de la ciutat.

Les STSJCat 33 i 37 de 2016, analitzen la qüestió de si l'activitat dels habitatges d'ús turístic en els casos dels litigis podien, en concret, suposar una activitat molesta.

En el primer cas (S. 33) es destinava a aquest ús, un únic habitatge de 200 metres quadrats amb una llicència administrativa per a 16 persones. La Sala va estimar la demanda perquè es va provar que l'activitat en aquest cas causava molèsties als altres membres de la Comunitat.

Diu la Sentència:

Certament, com indica la STSJC de 17/2012, de 20 de febrer, la qualificació d'una activitat concreta com a molesta i contrària a la convivència normal de la comunitat pot donar lloc, pel seu caràcter de concepte jurídic indeterminat, a un ampli ventall de possibilitats, la qual cosa esdevé una qüestió casuística que caldrà resoldre de conformitat amb les circumstàncies de cada cas concret, en què s'ha d'entendre com a convivència normal aquella que es produeix en circumstàncies estàndards o que s'ajusta a les normes o regles de conducta predeterminades o fixades per endavant.

Aquesta Sentència, en relació amb activitats de tipus turístic, ja va determinar que el que era sancionable era l'exercici anòmal i antisocial del dret, revelat per una sèrie de conductes incíviques continuades i greus.

Aquestes conductes s'esmentaven en el primer fonament jurídic d'aquella resolució i consistien en el mal ús continu de l'ascensor, sorolls i festes reiterats i nocturns, actes de vandalisme, brutícia en els replans amb restes de menjar, ampolles i preservatius i robatoris.

En el cas que ens ocupa, sigui pel nombre d'habitants que ocupen l'habitatge, sigui per una selecció deficient d'aquests ocupants, sigui per la falta d'instrucció sobre les característiques de l'immoble o de les normes d'ús de les instal·lacions comunes, sigui per la falta de control pel que fa al comportament dels ocupants per part de la propietat o de l'empresa explotadora, amb omissió

de les mesures que es poden adoptar segons el Decret regulador de l'activitat, el fet cert és que els turistes que s'allotgen en el pis 4t 2a han reproduït de forma reiterada les conductes irrespectuoses que, examinades en la STSJC de data 20 de febrer 2012, van ser qualificades per aquesta Sala com a actes incívics d'importància notòria que traspassaven el llindar de la mera incomoditat per convertir-se, per la durada i intensitat, en conductes reprovables que afecten drets essencials dels membres de la comunitat, com ho són els drets econòmics i els drets a la salut i al descans, que l'ordenament jurídic no els obliga a suportar. “

En canvi, la STSJCat 37/2016 va arribar a la solució contrària ja que *l'entresòl 2a no produeix incidències remarcables en la convivència normal de la comunitat, per la qual cosa, al marge del mecanisme de l'art. 553-45.4 CCCat, que permet en aquells casos d'un ús intensiu dels elements comuns l'increment en la participació en les despeses comunes, el recurs ha de ser estimat, en entendre's produïda la vulneració del que disposa l'art. 553-40 CCCat, i la Sentència de l'Audiència Provincial cassada.*

2.2.4. Conclusions que es poden extraure d'aquesta doctrina.

La doctrina jurisprudencial que hem exposat fins ara ens permet treure'n les conclusions següent:

- a) L'activitat com a tal, si reuneix els requisits exigits urbanísticament i no és prohibida pels estatuts de la comunitat, no es pot considerar contrària a la legalitat ni il·lícita ni molesta o insalubre *per se*.
- b) Tampoc no es pot concloure que, en abstracte, l'existència d'habitatges d'ús turístic suposi una activitat contrària a la convivència normal en la Comunitat, sinó que cal que l'ús que se'n fa es pugui titllar d'anòmal o antisocial com a conseqüència d'una sèrie de conductes o actuacions que mereixin la consideració d'incíviques.
- c) Aquesta anàlisi haurà de realitzar-se cas per cas.

- d) Si per la forma de exercir aquesta activitat es produeixen molèsties als veïns, la comunitat té dret a exigir-ne el cessament, essent llavors indiferent que l'activitat compleixi o no els requisits administratius.

3.- La inscripció en el Registre de la prohibició de l'activitat d'habitatge turístic per part de la comunitat.

3.1. Les limitacions d'ús i gaudi en les Resolucions de la DGDEJ.

El fet que per a fer la comunicació prèvia d'habitatge d'ús turístic, abans obtenir la llicència, sigui imprescindible acreditar que els estatuts de la comunitat, inscrits, no prohibeixen l'activitat citada a l'edifici, és el que ha dut a moltes comunitats a establir la norma de prohibició.

Reiterem que la Llei permet d'una manera clara i rotunda que les normes de comunitat d'un edifici establert en règim de propietat horitzontal limiti els usos possibles en els elements privatius. Així, l'article 545-1 CCCat estableix que *les restriccions al dret de la propietat són les que estableixen les lleis, en interès públic o privat, o les que estableix l'autonomia de la voluntat, en interès privat*. L'article 545-3, d'altra banda, diu que *les restriccions en interès privat afecten la disponibilitat i l'exercici del dret, constitueixen límits ordinaris del dret de propietat en benefici dels veïns i es regeixen pel que estableix aquest codi i que les restriccions que resulten de ... l'existència de situacions de comunitat tenen la consideració de restriccions en interès privat*.

Entre aquestes restriccions, que constitueixen els límits normals del dret de propietat sobre elements privatius, hi ha, segons l'article 553-11 les normes que regulen la destinació, l'ús i l'aprofitament dels elements privatius ... o ... les limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatius (punt 1 lletres a i b) o les que limiten les activitats que es poden acomplir en els elements privatius (punt 2, lletra e).

Sembla pacífic, doncs, que el títol de constitució de la propietat horitzontal pot establir prohibicions de determinats usos en els elements privatius, com es fa

amb freqüència, per exemple, per prohibir l'existència de despatxos, clíniques o pensions en edificis residencials o els habitatges en edificis destinats a oficines, o les que restringeixen els usos dels locals comercials de la planta baixa a comerços amb prohibició d'establiments de restauració o de tallers. Aquestes restriccions vinculen a tots els propietaris, als tercers i als futurs adquirents sempre que constin inscrites en el Registre de la Propietat, tal com disposa l'article 553-11.3 CCCat: *Les normes dels estatuts que no siguin inscrites en el Registre de la Propietat no perjudiquen tercers de bona fe.*

La problemàtica sorgeix quan les normes de comunitat inicials, les del títol de constitució, no estableixen limitacions i la comunitat el vol modificar per establir-les.

La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha tractat la qüestió de la modificació de les normes de comunitat per establir limitacions d'ús i gaudi en les resolucions de 21 d'abril de 2010, 28 d'octubre de 2013, 9 d'octubre de 2014, 7 de gener de 2015, 7 de juliol de 2015, 14 de juliol de 2015, 15 d'octubre de 2015 i 25 d'octubre de 2016.

Com ja hem dit abans una de les grans novetats del règim de la propietat horitzontal en el Llibre cinquè del Codi Civilen relació amb la normativa anterior és el fet que no exigeix la unanimitat dels propietaris per a modificar les normes de comunitat com feia la Llei espanyola de 21 de juliol de 1960. Amb els 4/5 parts, és a dir, el 80% de quota favorable és possible modificar-les. La dificultat provenia de la norma continguda a l'article 553-25.4 de la redacció originària del Llibre Cinquè, la de la Llei 5/2006, de 10 de maig, que deia: *Els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament.*

Els registres de la propietat inicialment van interpretar aquesta norma amb criteris discordants i llurs qualificacions negatives giraven en torn de dues qüestions:

- a) Què calia considerar disminució de les facultats d'ús i gaudi.
- b) Què calia entendre per consentiment exprés.

Pel que fa a la primera qüestió, per a uns registres limitar la facultat dels propietaris a destinar uns elements privatis a habitatges d'ús turístic constituïa una disminució de les facultats d'ús i gaudi i suspenien o denegaven la inscripció de la norma. Per a d'altres, aquesta restricció no era pròpiament una disminució de facultats d'ús i gaudi, sinó més aviant una modulació d'aquestes facultats, de manera que inscrivien la norma prohibitiva.

Pel que fa a la segona qüestió, alguns registres entenien que consentiment exprés volia dir literalment consentiment exprés, de manera que el simple fet que un propietari no hagués assistit a la Junta ja feia d'aplicació la norma perquè la manca d'assistència no es podia considerar de cap manera com un consentiment exprés, i això tot i que l'article 553-26.2 original que establia que *Es computen favorablement els vots que corresponen als propietaris que, convocats correctament, no assisteixen a la reunió, si després no s'oposen a l'acord.* Recordem que segons el punt 3 del 553-26, *Els propietaris que no han assistit a la reunió es poden oposar als acords adoptats en el termini d'un mes comptats des del moment en què han estat notificats,* i que d'acord amb l'article 553-27.2 *L'acta s'ha de notificar a tots els propietaris en el termini de deu dies a comptar de l'endemà de la reunió.*

3. 2. Què són les limitacions de les facultats d'ús?

Respecte de la primera qüestió, la DG es va decantar, des del principi, per entendre que la prohibició de destinar un element privatiu a habitatge d'ús turístic constituïa una disminució de les facultats d'ús i gaudi del propietari perquè va considerar que la Llei no feia cap distinció ni graduació en relació amb aquestes facultats i sobre la base subsegüent que el dret de la propietat era el que atribuïa al titular el més ampli poder sobre la cosa i que les limitacions que hi requeien havien de ser expresses. Ha fet, per tant, una interpretació molt àmplia del què vol dir establir "limitacions d'ús i gaudi". Hauria pogut entendre que limitar l'ús i gaudi era una qüestió genèrica: habitatge *versus* ús diferent a l'habitatge, distinció que fa la normativa d'arrendaments, o relacionar-la directament amb els elements comuns "d'ús i gaudi privatiu" a què fa referència la Llei, o centrar-la en la ocupació d'espais de l'element privatiu

per a millorar els elements comuns. Però no ho va fer sobre la base que la Llei no distingia.

De fet, la primera de les resolucions en què es va tractar aquesta qüestió, la de 21 d'abril de 2010, va ser força determinant en el criteri adoptat i no tenia res a veure amb els habitatges d'ús turístic. Es tractava d'un supòsit, provinent dels Registres de Mataró, en que una comunitat de propietaris, amb 12 vots favorables que superaven el 80% de les quotes i un vot en contra que no arribava al 20%, establí una prohibició de destinar el local de la planta baixa a restaurant o establiment d'hostaleria. El propietari del local, el que va votar en contra, hi tenia un establiment d'aquesta mena. El registrador va denegar la inscripció perquè va entendre que la norma constituïa una disminució de les facultats d'ús i gaudi i, a més, atès que el local estava hipotecat, exigia el consentiment de l'entitat creditora.

La DG, després d'establir la doctrina general que una norma de limitació de l'ús i gaudi com aquesta era ajustada a la Llei, va considerar exigible el consentiment del propietari afectat, atès que quan ell va adquirir el local la limitació no existia. Pel que fa al consentiment del titular de la hipoteca, tot i que la qüestió de queia per haver admès el primer motiu de la qualificació, la DG establí que no era necessari perquè la Llei en cap cas preveu que se citin a les juntes els titulars de drets reals, i, d'altra banda, pel que fa al dret d'hipoteca, la Llei mateixa regula l'acció de devastació, sense perjudici del fet que la majoria de préstecs hipotecaris estableixen la possibilitat de demanar garanties addicionals o de resoldre anticipadament el préstec si la finca hipotecada perd més d'un determinat percentatge del seu valor de taxació inicial.

La resta de resolucions citades fan referència sempre a habitatges d'ús turístic llevat d'una que tenia a veure amb l'activitat d'alberg juvenil (15 d'octubre de 2015). En totes es va mantenir el mateix criteri. Mai no es va arribar a entrar en la qüestió que abans apuntava el TSJCat, és a dir, la distinció entre l'establiment de la prohibició de l'ús i els drets adquirits pel titular actual que s'oposava a l'acord. Cal tenir en consideració que aquesta qüestió no havia estat formalment plantejada suficientment ni en la nota de qualificació ni en els recursos i, també, cal recordar que el marge d'anàlisi i de decisió en un recurs

governatiu és molt inferior al que hi ha en un recurs en seu judicial atès que no hi ha pròpiament contradicció i només es poden prendre en consideració les qüestions establertes a la nota de qualificació i al recurs, sense que sigui possible recórrer a altres proves.

En canvi, en la Resolució de 17 de desembre de 2015 va canviar de criteri. Es tractava, però, d'un cas diferent. En un edifici, la majoria de més del 80% de les quotes i la majoria llarga de propietaris modificaven una norma de comunitat preexistent que exonerava els dos locals de la planta baixa de pagar les despeses d'ascensor i d'escala, de manera que, a partir d'aquella modificació, estarien obligats a pagar segons coeficient igual que els altres. La DGDEJ va entendre, en aquest cas, que contribuir d'acord amb el coeficient no era perdre facultats d'ús i gaudi, i que tot i que perjudicava a uns propietaris en benefici dels altres dins de la comunitat, atenent al fet que la quota de contribució que s'imposava als locals no superava la seva quota de participació en els elements comuns, era suficient la majoria de més del 80% de les quotes per canviar els estatuts. Tampoc en aquest supòsit es va fer cap valoració entre l'acord de modificació i els drets adquirits dels titulars actuals que havien adquirit amb l'exoneració de pagament.

3.3. Com s'ha d'entendre "consentiment exprés"?

En relació amb la segona qüestió, això és, quan cal considerar que un propietari ha consentit expressament, la DGDEJ va venir a establir que

- a) Els propietaris presents a la reunió han de votar a favor de l'acord de limitació. Una abstenció no és un consentiment exprés.
- b) Els propietaris no presents als quals s'ha notificat l'acord, si no s'han oposat en el termini d'un més, es considera que han consentit de manera expressa. Atès que el sentit del seu vot el determina la llei i la llei no preveu l'abstenció, la DGDEJ considera que el vot positiu és positiu encara que no hagi estat exprés.

La Resolució de JUS/2448/2016, de 25 d'octubre, en el Fonament Jurídic 3.3 assaja de fer una anàlisi exhaustiva de la configuració del criteri de la DGDEJ al llarg dels darrers sis anys

4.- La nova redacció de l'article 553-25.4 CCCat. Llei 5/2015, de 13 de maig, i el canvi de criteri de la DGDEJ.

4.1. El canvi legal

La redacció originària de l'article 553-25-4 del Llibre Cinquè establia, com hem dit, *Els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament.* En la redacció vigent, donada per la Llei 5/2015, de 13 de maig, diu: *Els acords que ... privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns requereixen el consentiment dels propietaris afectats.*

El canvi és notable perquè la llei nova sembla limitar l'exigència del consentiment del propietari afectat només si el priven de l'ús i gaudi d'un element comú, però no diu res de l'element privatiu en ell mateix . Ara bé, la nova redacció no és clara ni contribueix a donar solució a la problemàtica que ens ocupa, sobretot perquè sembla un absurd demanar el consentiment per a acords que priven de l'ús i gaudi d'elements comuns i no per a acords que priven de l'ús i gaudi d'una part de l'element privatiu.

L'exposició de motius de la Llei 5/2015, de 13 de maig, no fa cap esment al canvi de redacció que ara ens interessa, tot i que justifica d'altres canvis menys transcendents, com ara la supressió de la primera i segona convocatòria, la simplificació de les majories exigides, els acords que afecten obres obligades d'adaptació de l'edifici a les necessitats de persones amb discapacitat i més grans de setanta anys, o a la instal·lació de punts de recàrrega de vehicles elèctrics. Tot i això, es pot entendre que els acords que *privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns* fan referència al cas freqüent de les plantes baixes amb jardí o dels àtics amb solàriums a la coberta de l'edifici, que són elements comuns d'ús i gaudi privatiu o d'ús exclusiu

d'acord amb l'article 553-43 i dona per fet que les d'ús i gaudi dels elements privatis, regulats a l'article 553-36 no entren en l'exigència del consentiment exprés.

4.2. El canvi de criteri de la DGDEJ

Sobre la base d'aquest canvi normatiu, i potser també per adaptar la doctrina de la DG a la emanada de la STSJCat 33/2016, la Resolució JUS/167/2017, de 6 de febrer, ha canviat el criteri mantingut fins ara pel que fa a la qüestió de la necessitat de consentiment exprés del propietari afectat per la disminució de les facultats d'ús i gaudi en el supòsit debatut. Manté, a més, el criteri precedent pel que fa a la consideració com a manca de consentiment exprés l'abstenció en la reunió i com a consentiment exprés la no residència sense oposició ulterior.

Val la pena de subratllar que la resolució és prudent i mira de cenyir-se al cas dels habitatges d'ús turístic i, sobretot, que la resolució va més enllà de valorar si l'acord és inscriptible sense el consentiment del propietari afectat (que resol afirmativament) i entra en la qüestió, fins ara no debatuda, de si l'acord perjudica al propietari actual que no l'ha consentit, qüestió fonamental, potser, per centrar el tema i justificar el canvi de criteri, canvi que la DG adverteix i justifica.

4.3.- Conclusions

Així doncs, la DGDEJ en aquesta darrera Resolució de febrer de 2017, estableix la doctrina següent en la qual conclou que:

- a) L'acord que prohibeix l'activitat d'habitatge d'ús turístic és inscriptible si s'adopta amb una majoria del 80% o més de les quotes de propietat, encara que no compti amb el consentiment dels propietaris dels elements privatis que veuen limitades les facultats e destinar-los a habitatges d'ús turístic.
- b) L'acord, un cop inscrit, vincula tots els propietaris i els tercers adquirents.

- c) El propietari de l'element privatiu que no ha donat consentiment exprés a la limitació pot mantenir l'activitat mentre en sigui el titular i fins que, si és el cas, li caduqui la llicència d'activitat. Fins i tot pot iniciar l'activitat ara prohibida que les normes de comunitat no prohibien en el moment que ell va adquirir l'element privatiu.
- d) Pel que fa als habitatges d'ús turístic, si en el moment que s'inscriu en el Registre la norma de limitació el propietari encara no exerceix l'activitat, es veurà privat de fer la declaració administrativa prèvia d'inici d'activitat perquè ja no podrà acreditar que els estatuts de la comunitat no la prohibeixen, punt aquest exigint pel Decret 159/2012, de 20 de novembre però no inferit directament de la decisió de la DG.
- e) Tot plegat sense perjudici que si l'activitat controvertida resulta contrària a la convivència normal en la comunitat o malmet l'immoble, la comunitat pugui exercir l'acció de cessació i reclamar, si s'escau, la indemnització que preveu l'article 553-40.2 CCCat; o que pugui acordar, sense necessitat de modificar el títol de constitució, un increment en la participació de les despeses comunes que correspon a l'element privatiu concret que s'explota com a habitatge d'ús turístic d'acord amb l'article 553-45 CCCat. I, també, sense perjudici que qualsevol propietari o la comunitat demanin a l'Administració competent l'aplicació del règim sancionador a que remet el Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic
- f) L'abstenció de les persones propietàries presents a la reunió no equival a consentiment, però la manca d'oposició de les que no assisteixen es considera consentiment a la modificació.

SUMARI

1.- Plantejament

2.- Aspectes jurídics de la problemàtica

2.1. Aspectes administratius

2.2. Aspectes civils

2.2.1 L'ús i la destinació dels elements privatis en el règim de propietat horitzontal. Els estatuts de la comunitat i llurs modificacions. Afectació a tercers.

2.2.2 Activitats prohibides en els elements privatis en el règim de propietat horitzontal.

2.2.3. Criteris jurisprudencials en relació amb activitats molestes en el regim de propietat horitzontal.

2.2.4. Conclusions que es poden extraure d'aquesta doctrina.

3.- La inscripció en el Registre de la prohibició de l'activitat d'habitatge turístic per part de la comunitat.

3.1. Les limitacions d'ús i gaudi en les Resolucions de la DGDEJ

3.2. Què són les limitacions de les facultats d'ús?

3.3. Com s'ha d'entendre "consentiment exprés"?

4.- La nova redacció de l'article 553-25.4 CCCat. Llei 5/2015, de 13 de maig, i el canvi de criteri de la DGDEJ.

4.1. El canvi legal.

4.2. El canvi de criteri de la DGDEJ.

4.3. Conclusions