



contra la sentencia n.º 311/2019, de 12 de abril, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el recurso de apelación n.º 21170/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 310/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Sebastián, sobre propiedad horizontal. Ha sido parte recurrida Comunidad de Propietarios del PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián, representados por el procurador D. Noel Alain de Dorremoechea Guiot y bajo la dirección letrada de D. Igor Urdangarin Tamargo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. [Redacted] S.L., D.ª Antonia, D.ª Ariadna y D. Rodrigo interpusieron demanda de juicio ordinario contra Comunidad de Propietarios del PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián, en la que solicitaban se dictara sentencia por la que:

"1. Se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado en el punto cuarto del orden del día de la junta general ordinaria de propietarios del PASEO000 n.º NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 de San Sebastián en fecha 6 de febrero de 2017 por los motivos expuestos en el presente escrito.

"2. Se declare, en consecuencia, que la prohibición contenida en la norma quinta de las normas de comunidad de la comunidad demandada no incluye el uso y destino de las viviendas al arrendamiento de corta estancia, alquiler vacacional o apartamento turístico en ninguno de los portales que conforman la comunidad del PASEO000 n.º NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 de San Sebastián.

"3. Subsidiariamente, se declare la nulidad del acuerdo adoptado en el punto cuarto del orden del día de la junta general ordinaria celebrada el día 6 de febrero de 2017, respecto al Portal n.º NUM002 y que, en consecuencia, la prohibición contenida en la norma quinta de las normas de comunidad de la comunidad demandada no incluye el uso y destino de las viviendas al arrendamiento de corta estancia, alquiler vacacional o apartamento turístico en el portal n.º NUM002 del PASEO000 de San Sebastián.

"4. Se condene a la comunidad demandada a estar y pasar por dichas declaraciones.

"5. Se impongan a la demandada las costas del procedimiento".

2. La demanda fue presentada el 5 de mayo de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Sebastián, fue registrada con el n.º 310/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. La Comunidad de Propietarios de PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003, de San Sebastián contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la demandante.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Sebastián dictó sentencia de fecha 19 de junio de 2018, con el siguiente fallo:

"Desestimo la demanda efectuada por [Redacted] parcialmente las efectuadas por [Redacted] y [Redacted] propietarios del PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián.

"Respecto a las costas del proceso, al haber sido desestimada la demanda corresponde a [Redacted] y D.ª Antonia el pago de las costas del proceso".

5. En fecha 20 de junio de 2018, se dictó auto de aclaración y subsanación de la anterior sentencia cuya parte dispositiva es la que sigue:

"Se procede a la corrección del error material acaecido en la sentencia de fecha 19 de junio de 2018, de tal modo que, cuando en el fallo de dicha sentencia se dice: "Desestimo la demanda efectuada por [Redacted] S.L., y parcialmente las efectuadas por [Redacted] y [Redacted] contra la Comunidad de Propietarios del PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián", lo que debe decirse es "Desestimo la demanda efectuada por [Redacted] y [Redacted] contra la Comunidad de Propietarios del PASEO000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián".



Propietarios del PASE0000 NUM000 - NUM001 - NUM002 - NUM003 de San Sebastián".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de [redacted], D. Carmelo, D. Gerroveva, D. Cecilia, D. [redacted] S.L., D.ª [redacted], D.ª [redacted].

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 21170/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 12 de abril de 2019, con el siguiente fallo:

"DESESTIMAR el recurso interpuesto por [redacted], D. Carmelo, D.ª Gerroveva, D.ª Cecilia, D.ª [redacted] S.L., D.ª [redacted], D.ª [redacted] frente a la sentencia de fecha 19 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Donostia-San Sebastián en el Juicio Ordinario 310/17, con la consiguiente confirmación de la misma en todos sus pronunciamientos. Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación

1. D. [redacted], D. Carmelo, D.ª Gerroveva, D.ª Cecilia, D.ª [redacted] y la mercantil [redacted] S.L., interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Conforme lo dispuesto en el artículo 469.1.2º LEC, se denuncia infracción del artículo 218 de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y jurisprudencia que los interpreta, por cuanto la Sentencia recurrida incurre en un vicio de incongruencia al apartarse de las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, generando una clara indefensión a mis representados, habiendo sido denunciada dicha infracción con ocasión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manteniéndose en la sentencia de la Audiencia Provincial".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de sus sentencias de fecha 23 de febrero de 2006 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Rec. Núm. 1374/1999), de 20 de octubre de 2008 (Rec. Núm. 3106/2002), de 30 de diciembre de 2010 (Rec. Núm. 81/2007), de 24 de octubre de 2011 (Rec. Núm. 527/2008), de 4 de marzo de 2013 (Rec. Núm. 1078/2010), de 25 de junio de 2013 (Rec. Núm. 76/2011), de 1 de octubre de 2013 (Rec. Núm. 1059/2010), de 9 de octubre de 2013 (Rec. Núm. 1949/2010), de 2 de julio de 1997 (Rec. Núm. 2031/1993), a la hora de la aplicación de los artículos 3, 6, 348 y 396 del Código Civil, en relación con los artículos 5 y 7 de la Ley de Propiedad Horizontal y del artículo 33 de la Constitución Española".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de [redacted], D. Carmelo, D.ª Gerroveva, D.ª Cecilia, D.ª [redacted] S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de abril de 2019, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 21170/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 310/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Sebastián/Donostia".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 20 de octubre de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de noviembre de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

En el recurso de casación se plantea si el destino como "apartamento turístico" está comprendido en la cláusula de las "Normas de Comunidad" de un edificio establecidas por la promotora e incluida en los contratos de compraventa de las viviendas y conforme a la cual: "Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos.- Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado".

La Audiencia Provincial ha entendido que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria. Ello por cuanto el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica equiparable a las actividades económicas que, a título ejemplificativo, se enumeran en las "normas de la comunidad", caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en las que concurre un componente comercial, profesional o empresarial. De esta forma, la Audiencia Provincial ha confirmado el criterio del juzgado, que desestimó la demanda interpuesta por los propietarios de algunos pisos contra el acuerdo de la Comunidad de Propietarios que así lo entendió.

Algunos de los demandantes han interpuesto recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia de apelación, argumentando que no se trata de una actividad económica prohibida por los estatutos de la comunidad, y que por tanto no está prohibida. Sus recursos van a ser desestimados.

Son antecedentes los siguientes.

1. D.ª María, D.ª Flora, D.ª Camilo, D.ª Consolida, D.ª Patricia, D.ª Patricia y, la mercantil "Comunidad de Propietarios S.L.", D.ª Patricia, D.ª Patricia y D.ª Patricia, propietarios de distintas fincas sitas en el edificio del PASEO000 n.os NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 de San Sebastián, interpusieron una demanda contra la comunidad de propietarios por la que, de manera principal, solicitaban que se declarara la nulidad de un acuerdo adoptado en la junta general en fecha 6 de febrero de 2017 y, en consecuencia, que se declarara que la prohibición contenida en la norma quinta de las "normas de comunidad" de la comunidad demandada no incluye el uso y destino de las viviendas al arrendamiento de corta estancia, alquiler vacacional o apartamento turístico en ninguno de los portales que conforman la comunidad del PASEO000 n.º NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 de San Sebastián.

2. De manera subsidiaria solicitaban la declaración de nulidad del acuerdo adoptado en el punto cuarto del orden del día de la Junta General Ordinaria celebrada el día 6 de febrero de 2017, respecto al portal n.º NUM002 y que, en consecuencia, la prohibición contenida en la norma quinta de las normas de comunidad de la comunidad demandada, no incluye el uso y destino de las viviendas al arrendamiento de corta estancia, alquiler vacacional o apartamento turístico en el portal n.º NUM002 del PASEO000 de San Sebastián.

3. La comunidad de propietarios demandada se opuso a la demanda, alegando que según la Ley 13/2016, de 28 de julio, de turismo, el alojamiento de tipo turístico es una actividad económica y la modalidad de "apartamento turístico" es una actividad turística; que desde finales de 2015 los copropietarios con residencia habitual fija en el edificio se percataron de la existencia de numerosas viviendas que estaban siendo utilizadas para el alojamiento de turistas en estancias cortas, que ante las numerosas quejas de algunos propietarios el administrador de la finca introdujo la cuestión en la Junta de 3 de noviembre de 2016; que posteriormente en la Junta de 6 de febrero de 2017 se adoptó el acuerdo impugnado, que el acuerdo no interpreta extensivamente la norma estatutaria ni establece una prohibición *ex novo*, que la norma 5.ª de las Normas de Comunidad afecta con carácter general a toda la Comunidad General y permite que quien pretenda desarrollar una determinada actividad económica en su vivienda pueda hacerlo con la autorización unánime de su propia subcomunidad de portal; que el acuerdo impugnado respeta esta circunstancia; que ninguna de las subcomunidades de portales votó unánimemente a favor de excluir la actividad turística de entre las actividades económicamente prohibidas; que ningún precepto establece que las abstenciones deban entenderse como votos negativos o positivos; que si se entiende que la actividad turística es una actividad económica de nada valdrá al portal NUM002 ni a ninguna otra subcomunidad de portal alcanzar un acuerdo mayoritario para tal autorización excepcional, pues se requeriría un acuerdo unánime de todos los miembros de su portal.

4. El juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

El juzgado razonó, en síntesis, que el uso de las viviendas como apartamentos turísticos es una actividad económica y por tanto se trata de una actividad prohibida por la norma 5.ª de las Normas de Comunidad, que prohíbe la realización de actividad económica alguna en las viviendas e incluye una enumeración de actividades que tiene un mero carácter ejemplificativo; que no se requería una unanimidad para adoptar el acuerdo impugnado porque no constituye una modificación de los Estatutos, ya que no establece *ex novo* una prohibición que no estuviera previamente establecida; y que no existe impedimento para que la Comunidad



General pueda decidir sobre una cuestión que supone modificar los estatutos, sin perjuicio de que cada subcomunidad pueda decidirlo de manera independiente.

El juzgado parte de los siguientes hechos y consideraciones:

"Acudiendo a la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal, de fecha 5 de octubre de 2015, vemos como se establece la existencia de una comunidad general, subcomunidad de plantas de sótano, y subcomunidad de portal. Vemos cómo en dicha escritura pública se recoge, en el apartado quinto, una serie de normas sobre la utilización de las viviendas, y entre ellas la siguiente: "Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado".

"Así, la primera cuestión a la que se hace referencia es la determinación de si los apartamentos turísticos constituyen o no una actividad económica, a la vista de la clara prohibición que establecen los estatutos de la comunidad de propietarios. (...). TERCERO.- Por tanto, la primera de las cuestiones a tratar es si el uso de las viviendas como apartamentos turísticos es una actividad económica o no, dado que la prohibición que establecen los estatutos es clara, al señalar que "Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado". Por su parte el art. 38 señala que "Los establecimientos de alojamiento se clasifican según los siguientes tipos: b) Apartamentos turísticos".

"A continuación, en los arts. 44 y siguientes, lleva a cabo la regulación de estos apartamentos turísticos, y señala que "Son apartamentos turísticos aquellos establecimientos integrados por unidades de alojamiento y que, ofertadas como conjuntos independientes y gestionados bajo el principio de unidad de explotación empresarial, se destinan de forma profesional y habitual a proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada. Los apartamentos turísticos pueden explotarse bajo la modalidad de bloque o conjunto", y añade "Se considera unidad de alojamiento la pieza independiente de un establecimiento de apartamentos turísticos para uso exclusivo y privativo de la persona usuaria".

"Pero es que este mismo precepto nos habla de que se ejerce una actividad, al señalar que "Se considera que se ejerce la actividad indicada en el párrafo anterior cuando se ceda el uso y disfrute de los inmuebles referidos. Estos usos y disfrutes comprenderán, en su caso, los de los servicios e instalaciones comunes, comprendidos en el bloque o conjunto en que se encuentre", y a continuación nos habla de "unidad de explotación", y de "empresa explotadora".

"Junto a ello, también encontramos la normativa dictada por el Ayuntamiento de San Sebastián, y en concreto la Ordenanza Municipal reguladora del uso de la vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico, de 1 de marzo de 2018.

"En esta ordenanza municipal, y en concreto en el art. 3, se indica que "Se incluye dentro del ámbito material de aplicación de la Ordenanza el uso urbanístico de vivienda turística y el alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico". Y el art. 4 "El alquiler de las habitaciones de una vivienda para un uso turístico implica la cesión parcial de la vivienda habitual. Dicho uso turístico se podrá desarrollar en una o varias habitaciones o estancias de una vivienda habitual, la cual constituye la residencia efectiva de la persona física titular, que se ofrecen o comercializan por motivos turísticos, siendo cedida temporalmente a terceros a cambio de contraprestación económica, en condiciones de inmediata disponibilidad". Todo ello al margen de la regulación que se establece en cuanto, atendiendo a las zonas, en relación a las viviendas que puede ejercer esta actividad, y las que no (arts. 12 y siguientes), que no tienen relevancia en relación al procedimiento en el que nos encontramos.

"Desde luego, a la vista de la normativa reguladora es difícil no considerar que nos hallamos ante una actividad económica. La propia ley de turismo nos habla de que "se ejerce la actividad", y también nos habla de "explotación". Pero es más determinante la definición que nos ofrece la ordenanza del Ayuntamiento de San Sebastián, al considerar que la vivienda es "...cedida temporalmente a terceros a cambio de contraprestación económica...". En definitiva, nos encontramos con una actividad que supone, para el propietario de la vivienda que decide ejercerla, la obtención de un rendimiento económico, que se materializa en el cobro de una prestación económica. La prohibición establecida en los estatutos es bastante clara, y además no fija un listado exhaustivo, sino ejemplificativo. Considera este Juzgador que las características del tipo de actividad que se pretende excluir de dicha prohibición son similares a las actividades recogidas de ese listado no exhaustivo, en cuanto a que se pretende la realización de una actividad, a cambio del precio por la prestación de esa actividad, en unos casos, por ejemplo, una actividad médica, o un despacho de cualquier tipo, y en el que nos ocupa, la



del arrendamiento de una vivienda a cambio de un precio. Entiendo que nos encontramos con una actividad económica, y por tanto estaría incluida dentro de la prohibición contenida en los estatutos.

"Como vemos en el acuerdo impugnado, lo que aquí se pretende no es incluir la prohibición, sino excluirla, en consonancia con la consideración de que se trata de una actividad económica que estaría dentro de esa prohibición, tal como también ha considerado este Juzgador.

"Desde luego los estatutos permiten que cada subcomunidad decida de forma independiente sobre autorizar o no una actividad determinada, y señala que deberá autorizarse por unanimidad. En nuestro caso, la decisión se ha adoptado por la comunidad general, y lo cierto es que no aparece impedimento alguno que permita a la comunidad general decidir sobre una cuestión que supone la modificación de los estatutos, sin perjuicio de que cada subcomunidad pueda decidirlo también de forma independiente.

"El otro problema que tenemos aquí es el relativo a la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo. Lo cierto es que aquí se reúne la comunidad general para votar, con carácter general si se decide excluir de la prohibición la actividad de alquiler de viviendas turísticas, es decir, lo que se pretende es una modificación de los estatutos de la comunidad, de tal forma que, una actividad que conforme a los estatutos estaría prohibida, pase a estar permitida, siendo esta actividad el alquiler de apartamentos turísticos.

"El art. 17.6 LPH es claro al señalar que "Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación". En definitiva, que para realizar la modificación que aquí se pretende, que consistiría en autorizar una actividad prohibida por el propio título constitutivo de la comunidad, modificando, en consecuencia, el mismo, sería necesaria la unanimidad, que es precisamente lo que se establece en ese art. 5 de la escritura de constitución de la propiedad horizontal.

"Es cierto que la escritura también permite decidir a las subcomunidades de forma independiente. Es decir, que podría realizarse una modificación de los estatutos de forma parcial, y únicamente a para una, o varias de las subcomunidades, pero la cuestión es que, sigue tratándose de una modificación del título constitutivo, y por tanto, y conforme al Art 17 LPH, seguiría siendo necesaria la unanimidad.

"En el caso que nos ocupa, no sólo no se ha logrado la unanimidad en la comunidad general, sino que, si acudimos a los votos realizados por los miembros de cada subcomunidad, tampoco se ha logrado la unanimidad en ninguna de ellas. Se establece que votar no es no estar de acuerdo con la existencia de apartamentos turísticos, y vemos como en el portal n.º NUM000 hay siete propietarios que votan no, en el portal n.º NUM001 hay 4 propietarios que votan no, en el portal n.º NUM002 hay tres propietarios que votan no, y finalmente, en el portal n.º NUM003 hay 21 propietarios que votan no. Como vemos, en ninguna de las subcomunidades se ha conseguido tampoco alcanzar la unanimidad que sería necesaria poniendo en relación el art. 17 LPH con el propio contenido de las normas estatutarias, que permiten a las subcomunidades adoptar por sí mismas esta decisión.

"Por ello, considera este Juzgador que no nos encontramos con un incumplimiento de la ley y los estatutos, sino con un cumplimiento de los mismos, dado que la actividad que pretende ejercer está prohibida por los estatutos, y no se ha alcanzado la mayoría necesaria, ni por la comunidad general, ni por ninguna de las subcomunidad, para modificar esa norma estatutaria, lo que supone que difícilmente puede existir un abuso de derecho, cuando precisamente se ha venido a cumplir lo expresamente establecido en los estatutos que rigen la comunidad de propietarios demandada. Por ello, considero que debe desestimarse la presente demanda".

5. La parte actora interpuso recurso de apelación fundado en los siguientes motivos: 1) error en la determinación del objeto de debate: la cuestión controvertida no es si el arrendamiento de corta estancia de viviendas para uso turístico es una actividad económica o no sino si dicho arrendamiento es una actividad prohibida o no por los estatutos, porque no toda actividad económica está prohibida; la limitación de uso y dominio debe venir recogida de forma expresa y en este caso la actividad económica de arrendamiento de viviendas para uso turístico es una actividad económica que no está expresamente prohibida por los estatutos; 2) incongruencia de la sentencia, error en la valoración de la prueba; la norma estatutaria litigiosa no prohíbe todas las actividades económicas sino solo las expresamente relacionadas y ninguna más; la interpretación de la prohibición debe ser restrictiva; 3) incongruencia de la sentencia y error en la valoración de la prueba; el acuerdo impugnado vulnera el procedimiento de adopción de acuerdos previsto en la norma quinta de los Estatutos; la autorización de actividad económica prohibida por los Estatutos debió someterse al acuerdo de cada subcomunidad.

6. La comunidad de propietarios demandada se opuso a la apelación alegando que el juzgador no consideró como hecho no controvertido que exista una prohibición expresa en el título constitutivo de la actividad de



alquiler turístico, que lo que hace es, tras analizar el contenido de la Norma Quinta, concluir que en los Estatutos se prohíbe toda actividad económica en las viviendas, y que, como el alquiler turístico es una actividad económica, está prohibido; que la enumeración de actividades económicas que realiza la norma estatutaria no es exhaustiva; que el alquiler turístico no es equiparable a los arrendamientos de vivienda regulados en la LAU, pero en cualquier caso el alquiler turístico es una actividad económica prohibida por los Estatutos; el asunto podía ser tratado en Junta de la Comunidad General, y además el acuerdo no impide que el asunto pueda debatirse en una subcomunidad y que la actividad pueda autorizarse por la subcomunidad si se alcanza la unanimidad en el seno de la misma.

7. La Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria del recurso y confirmó la sentencia del juzgado. Tras rechazar la alegación de incongruencia, en cuanto al fondo del asunto la Audiencia razonó lo siguiente:

"TERCERO-. Se alega error en la valoración de la prueba por entender la parte apelante que el juzgador de instancia interpreta erróneamente la Norma Quinta de los Estatutos de la Comunidad, ya que ésta no prohíbe todas las actividades económicas sino solo las expresamente relacionadas y ninguna más, y la interpretación de la prohibición debe ser restrictiva. No obstante el análisis de la referida Norma Quinta nos lleva la misma conclusión que al juzgador de instancia. Dicha Norma dispone que "Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos.- Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.)", desprendiéndose con claridad del tenor literal de la norma que en la misma se prohíbe toda actividad económica, y que la enumeración de actividades que se incluye en la norma es claramente ejemplificativa y no exhaustiva, pues el empleo del término "etcétera" permite considerar incluidas en la prohibición otras actividades económicas distintas de las enumeradas.

"Por tanto, dado que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial, no cabe sino concluir que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria. En concreto la naturaleza del alquiler de viviendas para uso turístico se infiere de la Ley 13/16 de Turismo de la CAPV, en cuyo artículo 2.2 apartado b) se define la actividad turística como la destinada a proporcionar a las personas usuarias de actividades y servicios turísticos los servicios de alojamiento, restauración, mediación, información, asistencia u otras actividades y la prestación de cualquier otro servicio relacionado con el turismo, y se dice que "la actividad turística constituye la llamada industria turística", y en el apartado e) se define como "servicios turísticos" la actividad que tiene por objeto atender la demanda de las personas usuarias turísticas, incluidos las instalaciones y los bienes inmuebles que hacen posible la prestación, considerando dentro de los servicios turísticos "El alojamiento, cuando se facilite hospedaje o estancia a las personas usuarias de servicios turísticos, con o sin manutención (...)". En el artículo 36 de la misma Ley 13/16 se clasifican las "empresas turísticas de alojamiento", según "su objeto de explotación, en "a) Establecimientos de alojamiento. b) Viviendas para uso turístico. c) Habitaciones en viviendas particulares para uso turístico" y el artículo 53.1 define las viviendas para uso turístico como aquellas viviendas que, cualquiera que sea su tipología, "se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, siendo cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica en condiciones de inmediata disponibilidad. (...) Se incluyen de manera no exhaustiva ni limitativa los siguientes tipos de inmuebles: las viviendas independientes que se encuentran en edificios plurifamiliares o adosados, sometidos al régimen de propiedad horizontal (...)", dejando fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley las viviendas que se arrienden según lo establecido en la Ley 29/94 de 29 de noviembre de Arrendamientos Urbanos o normativa que la sustituya. Asimismo en el artículo 5 de la Ordenanza Municipal reguladora del uso de la vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico de 1 de marzo de 2018 del Ayuntamiento de San Sebastián, en cuyo ámbito de aplicación se incluye el uso urbanístico de vivienda turística y el alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico, se dice que "El uso urbanístico de vivienda turística constituye un uso urbanístico distinto al de vivienda que consiste en el destino de un inmueble ubicado en un edificio residencial, a la actividad de hospedaje de personas mediante su cesión temporal y total a terceros a cambio de contraprestación económica.

"Lo expuesto nos lleva también a concluir que para la adopción del acuerdo impugnado no se requería la unanimidad, porque no se trataba de establecer una nueva prohibición de uso "ex novo" que no estuviera prevista en la norma estatutaria, sino de determinar si la actividad de alquiler turístico podía excluirse de la prohibición general de toda actividad económica que ya contempla la norma estatutaria. Estamos ante una norma prohibitiva extensiva por naturaleza, y por tanto la exclusión de una actividad económica concreta de tan amplia prohibición constituye una excepción a la norma general prohibitiva y no una extensión de la prohibición a actividades que no estuvieran incluidas en la misma. Como decimos el acuerdo impugnado no establece una prohibición de uso "ex novo", sino que simplemente decide no excluir lo que está incluido en una prohibición



ya existente, y para ello no era necesaria la unanimidad, que sí habría sido precisa para autorizar la actividad económica prohibida, ya que en este caso sí que estaríamos ante una modificación estatutaria (art. 17.6 LPH).

"CUARTO-. Alega también el recurrente error en la valoración de la prueba porque el acuerdo impugnado vulnera el procedimiento previsto en los estatutos, ya que la autorización de actividad económica prohibida por los estatutos debió someterse al acuerdo de cada subcomunidad. Al respecto debemos señalar que ciertamente la norma 5ª de las Normas de Comunidad de la Comunidad demandada, tras prohibir terminantemente la realización de actividad económica alguna en las viviendas, establece lo siguiente: "salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado", pero el hecho de que en la norma se contemple que cada subcomunidad pueda autorizar, por unanimidad, la realización de una actividad económica prohibida en las viviendas de la subcomunidad, no excluye que la Comunidad general pueda también autorizarla, con efectos en todas las subcomunidades que la integran, sin perjuicio de que cada subcomunidad pueda decidirlo en el ámbito de la propia subcomunidad, pero siempre previa consulta de algún interesado, como exige la norma. En cualquiera de los casos el acuerdo debería adoptarse por unanimidad, tanto si se adopta en el seno de una subcomunidad como si se adopta en la Comunidad General, por tratarse de una cuestión que implica modificación de los estatutos, y en este caso en ninguna de las Subcomunidades que participaron en la Junta de 6 de febrero de 2017 a cuya consideración se sometió la autorización de la actividad, se alcanzó la unanimidad. Por otra parte no hay que olvidar que el acuerdo objeto de litigio no excluye que en un futuro pueda autorizarse, en una o varias Subcomunidades, por unanimidad y previa consulta de algún interesado, la actividad económica prohibida.

"El conjunto de argumentos expuestos nos lleva a rechazar en su integridad los motivos de apelación expuestos por el recurrente y a la consiguiente desestimación íntegra del recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos".

8. *Donna María, D. Camilo, D. Genoveva, D.ª Graciela, D.ª María, D.ª María y D.ª María S.L.*, han interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

9. La parte recurrida, además de oponerse al recurso, ha invocado causas de inadmisibilidad a las que, por no ser de las que esta sala considera absolutas, daremos respuesta al resolver los recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo. Planteamiento del recurso extraordinario por infracción procesal

1. En el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia infracción del art. 218 LEC, en relación con el art. 24 de la Constitución Española y jurisprudencia que los interpreta. Entiende la parte recurrente que la sentencia recurrida habría incurrido en un vicio de incongruencia al apartarse de las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, generando una clara indefensión a la parte ahora recurrente.

2. En su desarrollo, la parte recurrente parte de la consideración de que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, establece un objeto de debate distinto del planteado en la demanda, en la que se plantea que el uso turístico de las viviendas o el arrendamiento de corta estancia no es un uso prohibido en la norma estatutaria. Razona la recurrente que, sin embargo, la sentencia recurrida se limita a considerar como objeto del procedimiento si el uso turístico de vivienda es una actividad económica, sin más, dando por hecho que toda actividad económica está prohibida estatutariamente.

Argumenta que el matiz resulta de gran relevancia por cuanto lo que debe ser resuelto en el procedimiento es únicamente si la prohibición de usos que contiene la norma estatutaria comprende el uso turístico de las viviendas (sea una actividad económica o no) y no, como hace la sentencia recurrida, determinar si el uso turístico de las viviendas es o no una actividad económica.

Tercero. Decisión de la sala. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal

Se reitera en este recurso el mismo reproche que hizo la parte demandante, ahora recurrente, en su recurso de apelación, a la sentencia del juzgado. De manera semejante a como señaló la Audiencia respecto de la sentencia de primera instancia, tampoco se aprecia incongruencia en la sentencia de segunda instancia.

La congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al



margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

En el presente caso, si se comparan el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia de la Audiencia, que confirma la del juzgado, se observa que no han quedado sin contestación ni resolución ninguna de las pretensiones sostenidas por la demandante, luego apelante y ahora recurrente en casación.

La parte recurrente alega que en la demanda se plantea como objeto del procedimiento que el arrendamiento turístico o arrendamiento de viviendas por estancias cortas no es una actividad prohibida por los estatutos de la comunidad, y que por tanto no se trata de ver si es una actividad económica o no, sino si es una actividad económica prohibida o no. Estas alegaciones lo único que reflejan es la discrepancia de la parte recurrente con la solución dada por la Audiencia a la cuestión de fondo. Es evidente que la sentencia se ha pronunciado sobre si la prohibición de usos que contiene la norma estatutaria comprende el uso turístico de las viviendas y otra cosa es que la recurrente no esté de acuerdo con el proceso argumentativo seguido por el juzgador para alcanzar su decisión desestimatoria de la demanda y del recurso de apelación, discrepancia que no puede encauzarse a través de la denuncia de incongruencia.

De esta forma, el motivo incurre en causa de inadmisión dada su carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2 LEC) pues, al alegar incongruencia, lo que pretende es combatir el acierto jurídico de la resolución y denuncia como incongruencia su discrepancia sobre el fondo. Dado que la causa de inadmisión en este momento procesal da lugar a la desestimación, se desestima el recurso por infracción procesal.

Recurso de casación

Cuarto. Planteamiento del recurso de casación

1. El recurso de casación interpuesto por la parte demandante se funda en un único motivo. Se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, y se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de las sentencias de fecha 23 de febrero de 2006 (rec. 1374/1999), de 20 de octubre de 2008 (rec. 3106/2002), de 30 de diciembre de 2010 (rec. 81/2007), de 24 de octubre de 2011 (rec. 527/2008), de 4 de marzo de 2013 (rec. 1078/2010), de 25 de junio de 2013 (rec. 76/2011), de 1 de octubre de 2013 (rec. 1059/2010), de 9 de octubre de 2013 (rec. 1949/2010), de 2 de julio de 1997 (rec. 2031/1993), a la hora de la aplicación de los arts. 3, 6, 348 y 396 CC, en relación con los arts. 5 y 7 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH) y del art. 33 CE.

2. En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida considera que la norma estatutaria prohíbe toda actividad económica y que la enumeración de actividades es claramente ejemplificativa y no exhaustiva, contrariando así la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias reseñadas, que establece que la prohibición de usos y la limitación del derecho de propiedad debe hacerse de forma expresa y con una interpretación restrictiva.

Razona que, en la línea de la doctrina y la jurisprudencia, la limitación del uso de los elementos privativos debe realizarse de forma expresa, de manera que la norma estatutaria litigiosa no prohíbe todas las actividades económicas, sino únicamente las expresamente relacionadas (oficina, despacho, consulta, clínica) y ninguna otra más. Añade que todo arrendamiento de viviendas (de corta estancia y el de larga estancia) es, en sí mismo, una actividad económica, por cuanto supone la obtención de un rendimiento económico, y los arrendamientos no están prohibidos ni por la ley ni por los estatutos. Argumenta que en la junta de 3 de noviembre de 2016, en cuyo cumplimiento se convoca por la comunidad demandada la junta de 6 de febrero de 2017, cuyo acuerdo es objeto de impugnación, lo que se planteó es si la comunidad consideraba que el arrendamiento de vivienda para uso turístico estaba o no incluido en la prohibición. Y que al decidir interpretar que el uso turístico de viviendas está incluido dentro de la prohibición contenida en la norma quinta de los estatutos, la comunidad hace una interpretación extensiva de la prohibición.

Quinto. Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación

1. A efectos de centrar el objeto del recurso debemos advertir que no se plantea en este caso la interpretación y aplicación del art. 17.12 LPH, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y, conforme al cual:

"El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el



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

El art. 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) a que se refiere el art. 17.12 LPH, fue añadido por el art. 1.2 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, con la siguiente redacción:

"Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: (...) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

La letra e) del art. 5 LAU pasó a tener nueva redacción tras la modificación por el art. 1.2 del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre (modificación dejada sin efecto tras la derogación ex art. 86.2 CE del mencionado Real Decreto-ley, pero recuperada posteriormente por el art. 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo):

"La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística".

2. En el caso que juzgamos el acuerdo de la comunidad de propietarios se adoptó el 6 de febrero de 2017 y tenía por objeto fijar la posición de la comunidad de propietarios respecto de la actividad de apartamentos turísticos que se venía desarrollando en varias de las viviendas, en atención a que entre las "Normas de Comunidad" del edificio que habían quedado establecidas por la promotora, e incluidas en los contratos de compraventa de las viviendas, "sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos", se establecía:

"Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado".

No se ha discutido la validez ni la oponibilidad de esta "norma de comunidad" a todos los copropietarios demandantes, sino si la misma es aplicable, tal como entiende la comunidad, y han respaldado el juzgado y la Audiencia Provincial, a los denominados alquileres turísticos. Ello con la consecuencia de que en esta comunidad, de acuerdo con sus propias normas, los propietarios no pueden destinar los pisos a la actividad de apartamentos turísticos, salvo que alguna "subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado", lo que en el caso no ha sucedido.

Los propietarios demandantes y ahora recurrentes entienden que tal interpretación se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual las limitaciones al derecho de propiedad deben ser interpretadas de modo restrictivo y, para que sean válidas y eficaces, deben constar de forma expresa.

3. Como recuerda la sentencia 358/2018, de 15 de junio, en lo aquí interesa:

"Sobre las limitaciones o prohibiciones referidas a la atención del uso de un inmueble y su eficacia, existe un cuerpo de doctrina de esta sala que es prácticamente unánime:

"(i) El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. No obstante en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

"(ii) También es doctrina de esta Sala (sentencia 30 de diciembre de 2010; 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008) considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Así lo reconocía la sentencia de 21 de diciembre de 1993.

"Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca



expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

"Es por ello por lo que la citada sentencia 728/2011, de 24 de octubre, afirma que: "Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa".

"(iii) La interpretación de las limitaciones, y ello es relevante para el recurso, debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad, siendo contundente la jurisprudencia (sentencias de 6 de febrero de 1989; 7 de febrero de 1989; de 24 de julio de 1992; de 29 de febrero de 2000; de 21 de abril de 1997".

4. La aplicación de la doctrina de la sala al caso no da lugar a la estimación del recurso, sino a la confirmación de la sentencia recurrida.

Compartimos el criterio de la sentencia de apelación, que en el mismo sentido que la de primera instancia, y en especial a la vista de la legislación sectorial turística de la Comunidad Autónoma y las ordenanzas municipales aplicables, destaca, en primer lugar, la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica.

El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisitos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda.

Lo señalado permite, como bien dice la Audiencia, concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad incluida en la prohibición estatutaria, pues es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.

Esta interpretación es conforme con la jurisprudencia de la sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos.

Frente a lo anterior no puede prevalecer la argumentación de la parte recurrente cuando equipara el arrendamiento de vivienda para uso turístico con el arrendamiento de vivienda, y que según dice no está prohibido a pesar de que también es una actividad económica. El arrendamiento de vivienda es aquel "arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario" (art. 2 LAU), nada que ver con el concepto de la actividad a que se refiere la normativa sectorial turística aplicable, dirigida a "proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada". La misma normativa sectorial turística aplicable y que se cita en las dos sentencias de instancia resalta expresamente la diferencia con que se contempla la comercialización de estancias turísticas en viviendas, alojamientos de corta duración, o las ofertadas para uso vacacional, con el arrendamiento de vivienda. La mencionada legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda según lo establecido en la Ley 29/1994, de 29 de noviembre, de arrendamientos urbanos, de la misma manera que, en los términos que hemos señalado, el art. 5.e) de esta última ley excluye de su ámbito de aplicación los alquileres turísticos.

Por las razones expuestas desestimamos el recurso de casación y confirmamos la sentencia recurrida.

Sexto. Costas

Dada la desestimación de los recursos, se imponen a la parte recurrente las costas devengadas por ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
:



1. Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por [redacted], [redacted] S.L., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de abril de 2019, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 21170/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 310/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Sebastián/Donostia.
2. Confirmar la sentencia recurrida.
3. Imponer a la parte recurrente las costas causadas por ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ