

Revista de Derecho Inmobiliario es una publicación mensual en formato digital, que facilita la información jurídica más relevante sobre propiedad horizontal, arrendamientos, compraventa, obras, hipotecas, etc. Incluye secciones como Tribuna y Foro Abierto, con la colaboración de destacados expertos en la materia, y además: Novedades legislativas, Consultas, Reseña de jurisprudencia y de doctrina administrativa. Todo ello con la posibilidad de acceder a los documentos citados en los textos mencionados.

Sumario

TRIBUNA	3
La problemática de la actividad de alojamiento turístico en las comunidades de propietarios y la necesaria reforma de la Ley de Propiedad Horizontal	
<i>Por: Alejandro Fuentes-Lojo Rius</i>	
Abogado. Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB).	
<hr/>	
FORO ABIERTO	8
Compatibilidad entre las medidas cautelares anteriores a la demanda de recuperación de la posesión y la medida especial de recuperación de posesión introducida por la Ley sobre ocupación ilegal de viviendas	
<i>Por: D. Luis Antonio Soler Pascual</i>	
Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante	
<hr/>	
Reseñas de Jurisprudencia	
CIVIL	15
Efectos devolutivos de la nulidad de una cláusula suelo	
<hr/>	
CIVIL	16
División de vivienda según lo pactado en compraventa	
<hr/>	
CIVIL	17
Ocultación maliciosa del domicilio del demandado	
<hr/>	
CIVIL	18
Obligación de pago de obra de reparación al no oponerse ni haber impugnado	
<hr/>	
CIVIL	19
Nulidad y efecto de cláusula suelo abusiva	
<hr/>	
CIVIL	20
Arras penitenciales en compraventa de vivienda	
<hr/>	
CIVIL	21
Ineficacia de pacto de exclusiva en arrendamiento de industria	
<hr/>	
CIVIL	22
Responsabilidad comunitaria por falta de mantenimiento de elementos comunes	
<hr/>	
NOVEDADES LEGISLATIVAS	23
Normativa más relevante	
<hr/>	
CONSULTAS	26
Mantenimiento del interior de las terrazas cerradas por los propietarios	
<hr/>	
CONSULTAS	27

Obras en local de negocio sometido al RD 2/1985, ¿queda suspendido?

CONSULTAS

Envío de convocatoria por correo electrónico y LOPD

28

CONSULTAS

Toma de posesión de vivienda ejecutada hipotecariamente

29

CONSULTAS

Imposibilidad de reclamar el cambio de puerta al propietario de un local

30

CONSULTAS

Cambio de reparto de gastos de coeficiente a partes iguales. Mayoría necesaria

31

CONSULTAS

¿Puede el administrador encargar los trabajos aprobados en junta ante inacción del presidente?

32

CONSULTAS

Inexistencia de obligación de repartir lo obtenido por la venta de la vivienda del portero

33

La problemática de la actividad de alojamiento turístico en las comunidades de propietarios y la necesaria reforma de la Ley de Propiedad Horizontal



Por: *Alejandro Fuentes-Lojo Rius*

Abogado. Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB).

I. La validez del acuerdo comunitario de prohibición de alojamiento turístico

Los estatutos de la comunidad constituyen un conjunto de reglas plasmadas por escrito y con fuerza de ley, establecidas por el promotor o de común acuerdo por los copropietarios de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, para completar y desarrollar la ordenación legal.

El art.5 LPH -[EDL 1960/55](#)-, en su párrafo tercero, establece que el título constitutivo “podrá contener reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio”.

Nos planteamos en la presente obra la validez de cláusulas estatutarias que establezcan limitaciones o prohibiciones de uso de elementos privativos relativas a actividades de explotación turística.

En la Ley de Propiedad Horizontal no hay precepto alguno que prohíba que se prevean limitaciones de uso de esta naturaleza en los estatutos comunitarios. El art.7.2 LPH -[EDL 1960/55](#)- prevé que “al propietario y ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos”, reconociendo así de forma indirecta la legitimidad de cláusulas limitativas del uso y disfrute de los pisos y locales en general, pero sin concretar más.

Parte de la doctrina (MAGRO SERVET, V.[\[1\]](#)) sostiene que implementar con carácter general cláusulas de prohibición de arrendamiento turístico es nulo porque atenta contra el derecho de propiedad privada.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencias, 3-12-14 -[EDJ 2014/228362](#)-; y 1-10-13 -[EDJ 2013/204845](#)-) ha declarado la validez de cláusulas estatutarias de prohibiciones y/o limitaciones de uso, pero con sujeción a los siguientes límites[\[2\]](#):

Han de constar en los propios estatutos de la comunidad. No se deben fijar en los reglamentos de régimen interior ya que no es este el objeto de estos últimos, conforme a lo estipulado en el art. 6 LPH -[EDL 1960/55](#)-.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la mejor doctrina (ARNÁIZ RAMOS, R., LLOBET AGUADO, J., MÉNDEZ TOMÁS, R.M.; SERRANO DE NICOLÁS, A., MIRÓ PANZANO, A.[\[3\]](#)) confirmando los encuestados por unanimidad que las normas que regulen la actividad de alojamiento turístico en una comunidad de propietarios son normas de naturaleza estatutaria y no reglamentaria.

a) La prohibición debe constar de forma expresa, debe ser clara y concisa (TS 24-10-11 -[EDJ 2011/286978](#)- ; 4-3-13 -[EDJ 2013/42040](#)-; 25-6-13 -[EDJ 2013/150003](#)-).

b) No pueden contravenir la moral, las buenas costumbres ni el orden público.

c) Tiene que existir un interés legítimo o atendible[\[4\]](#). En boca del Tribunal Supremo, en auto de 1-2-17 -[EDJ 2017/6177](#)-: “En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad.”

A favor de la validez de las reglas estatutarias prohibitivas de determinadas actividades también se ha pronunciado ROCA SASTRE[\[5\]](#). En particular, y por lo que respecta a aquellas limitaciones de uso consistentes en la prohibición de alojamiento turístico, en los últimos años los tribunales han venido admitiendo su licitud (AP Valencia, 20-11-13 -[EDJ 2013/314983](#)-; AP Barcelona 8-10-2003 -[EDJ 2003/138130](#)-; AP Barcelona 11-3-2010 -[EDJ 2010/64340](#)-; y AP Barcelona 21-5-15 -[EDJ 2015/106239](#)-).

Si bien refiriéndose a la normativa catalana que regula el régimen de propiedad horizontal, la *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques* también ha confirmado la validez de normas estatutarias de prohibición de alojamiento turístico en Resoluciones de 9 de octubre de 2014, de 7 de enero y de 14 de julio, y de 15 de octubre de 2015, así como la sala de lo Civil y Penal del TSJ Cataluña en sentencia 19-5-16 -[EDJ 2016/75412](#)-, y en la reciente sentencia 13-9-18 -[EDJ 2018/588930](#)-. No obstante, debemos tener en cuenta que la normativa catalana, a diferencia de la LPH -[EDL 1960/55](#)-, establece expresamente en su art.553-11.2.e) del Código Civil de Cataluña -[EDL 2006/58523](#)-, que son válidas las cláusulas estatutarias “que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos”.

II. La ineficacia del acuerdo de prohibición de alojamiento turístico

Conforme a lo previsto en el art.17.6 LPH -EDL 1960/55- es necesaria la unanimidad de propietarios para la aprobación de una norma de prohibición y/o limitación de una determinada actividad en el inmueble.

Dicha unanimidad no necesariamente debe alcanzarse en el seno de la junta de propietarios, pudiendo hacerlo posteriormente con el silencio de los ausentes en el plazo de un mes desde que les ha sido notificada el acta conforme a lo dispuesto por el art. 17.8 LPH -EDL 1960/55-.

No debemos confundir el concepto legal de “unanimidad” con el del “consentimiento expreso”. La Ley de Propiedad Horizontal exige unanimidad para la adopción de un acuerdo de esta naturaleza, no siendo necesario pues el consentimiento expreso de los propietarios afectados, bastando su falta de oposición al acuerdo (AP Murcia, 2-5-16 -EDJ 2016/102846-; RDGRN de 9-4-2014 -EDD 2014/66633-; y AP Almería 29-6-10 -EDJ 2010/201672-).

Es evidente que el propietario interesado en destinar su elemento privativo a dicha actividad que pretende prohibir la comunidad se opondrá y evitará que el acuerdo consiga el quórum legalmente necesario de la unanimidad, debiendo impugnarlo ante los tribunales para invalidar el acuerdo (TS 17-12-09 -EDJ 2009/299923-; 5-3-14 -EDJ 2014/37317-; y 20-11-06 -EDJ 2006/319023-)[6]:

“En el supuesto debatido, si bien se considera el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios como anulable, se ha acreditado que no fue impugnado judicialmente en plazo legal ni fuera de él, y, por tanto, ha sido convalidado, por lo que tiene eficacia y obliga a todos, debido a que, por el transcurso del tiempo, ha quedado subsanado.” (TS 17-12-09 -EDJ 2009/299923-).

Así pues, la normativa vigente contempla un derecho de veto del propietario disidente que en la práctica hace ineficaz la facultad legal autorregulatoria de las comunidades de propietarios.

Para dotar a las comunidades de propietarios de un mayor dinamismo en su funcionamiento y garantizar la eficacia de su facultad autorregulatoria, urge reformar la Ley de Propiedad Horizontal -EDL 1960/55- para rebajar el rígido quórum legal de la unanimidad para la adopción de este tipo de acuerdos a un quórum reforzado de 3/5 de propietarios y cuotas[7], en la línea de la reforma que llevó a cabo el legislador catalán en 2015 del polémico art. 553-25.4 CCCat -EDL 2006/58523-.

De adoptarse esta reforma legal, debemos plantearnos si el acuerdo prohibitivo o limitativo de la actividad de alojamiento turístico debe vincular, afectar, a los propietarios disidentes. Hay que tener en cuenta que estos últimos pueden ser propietarios que ya tengan implantada con anterioridad la actividad que es objeto de prohibición, o que no teniéndola implantada, tienen la legítima expectativa de realizar dicha actividad en el futuro.

En mi opinión, el nuevo acuerdo comunitario prohibitivo de la actividad de uso turístico que se adopte no debería afectar a comunero que se oponga, con independencia de si en el momento de adopción del acuerdo estaba desarrollando la actividad o no, ya que lo relevante es que en el momento en que dicho comunero adquirió la vivienda, lo hizo libre de limitaciones dominicales, esto es, confiando legítimamente en que tenía incólume la facultad de goce y disfrute sobre la cosa. De lo contrario, se estaría legitimando que la comunidad pudiera menoscabar contra la voluntad del titular de la finca el contenido esencial de su derecho constitucional de propiedad (art.33 CE -EDL 1978/3879-).

El acuerdo sí debe vincular a los propietarios que no se opongan al acuerdo, y a los futuros adquirentes siempre y cuando en el momento de la compra estuvieran inscritos los estatutos en el Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en el art.5 LPH -EDL 1960/55-, o no estando inscritos, por no ser los adquirentes terceros de buena fe, esto es, por haber conocido o haber podido conocer los mismos por otras vías (ej. incorporación de los estatutos a la escritura pública de compraventa).

El principio de seguridad jurídica del art.9.3 CE -EDL 1978/3879- impone la necesidad de que la modificación estatutaria de prohibición de uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, con independencia de si lo han consultado o no. En virtud del principio jurídico de publicidad registral, si dichos estatutos han sido publicados registralmente, el ulterior adquirente de un piso o local no podrá alegar eficazmente su ignorancia o desconocimiento.

La inscripción de los estatutos no es constitutiva, ni por tanto, obligatoria, de manera que su falta de inscripción en nada afecta a su valor normativo para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó.

Para ello, a mi juicio, la solución consiste en que la ley de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal establezca una excepción a la norma general de vinculación universal de los acuerdos comunitarios del art.17.9 LPH -EDL 1960/55- en estos casos en lo que está en juego es la afectación del contenido esencial del derecho constitucional de propiedad privada del comunero. De lo contrario, se suscitará la problemática en los tribunales de si el acuerdo debe vincular también a los disidentes conforme a lo dispuesto por el art.17.9 LPH, o si no les debe vincular en aras de garantizar la seguridad jurídica y el respeto al contenido esencial del derecho de propiedad.

Esta problemática ya se ha suscitado con gran intensidad con arreglo a la normativa catalana de propiedad horizontal, la cual no aclaró esta cuestión en su última reforma de 2015 (Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro

Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a Derechos Reales -EDL 2015/71661-), y cuyo último exponente es la reciente sentencia TSJ de Cataluña 13-9-18 -EDJ 2018/588930-.

III. La doctrina de la eficacia limitada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

La sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña, ha dictado la sentencia 13-9-18 -EDJ 2018/588930-, que establece como doctrina jurisprudencial[8] que la prohibición de usos turísticos en las viviendas del edificio es válido si se adecúa su aprobación a los quórum legales pero no es oponible, no vincula, no tiene efectos retroactivos frente al propietario que lo era en ese momento, que se opuso al acuerdo y que, en el caso enjuiciado objeto del recurso de casación, había obtenido con anterioridad de la administración competente la licencia o permiso habilitante para el ejercicio de esa actividad (aunque no hubiera iniciado la actividad).

Ese acuerdo sí sería eficaz y oponible a los propietarios actuales que no se opusieron al mismo, y una vez inscrito en el Registro de la Propiedad, a los futuros terceros adquirentes, o en defecto de inscripción, a los compradores que conocieran o hubieran podido conocer de dicho acuerdo.

Extractamos estos párrafos de interés del contenido de la Sentencia:

“La hoy demandante no tenía que pedir autorización a la comunidad para darle a su elemento privativo el uso que estimase oportuno. Como hemos dicho en la sentencia 37/2016 de 19 de mayo -EDJ 2016/75411-, el art.553-10.1 c) del CCCat.. -EDL 2006/58523-, en la primera redacción, dispensa del acuerdo comunitario para la modificación del título en lo que a las alteraciones de destinos se refiriere salvo prohibición de los estatutos, doctrina, por otro lado acorde con los principios que inspiran el ordenamiento civil de Catalunya expuestos entre otros en el art.111-6 de la Llei primera del CCCat., en el que se establece el principio de libertad civil, razón por la cual las actividades que no pueden hacerse en la finca por voluntad de la comunidad han de hallarse expresamente prohibidas en los Estatutos.

En la junta celebrada el día 26 de marzo, la (apelante) se opuso expresamente a la adopción del acuerdo por lo que la modificación de los estatutos no le puede afectar, pudiendo destinar su piso a las actividades que estime adecuadas.

Ello sin perjuicio, lógicamente, de lo dispuesto en el art.553-40.2 del CCCat. -EDL 2006/58523- si el destino turístico, en su práctica materialización, molesta gravemente a los vecinos o pone en riesgo el edificio, consecuencia que, contrariamente a lo que parece entender la sentencia recurrida en su FJ 5 in fine, no puede atribuirse en abstracto por el hecho de que el piso se destine a esa actividad.

Así lo aseveramos en nuestras sentencias de Pleno números 33 -EDJ 2016/75412- y 37 -EDJ 2016/75411- de 19 de mayo de 2016: «En definitiva, no pot concloure's que en abstracte l'existència d'habitatges d'ús turístic suposi una activitat contrària a la convivència normal en la comunitat, sinó que és necessari que l'ús que se'n fa pugui titllar-se d'anòmal o antisocial, com a conseqüència d'una sèrie de conductes o actuacions que mereixin la consideració d'incíviques'. Tot i que aquesta anàlisi haurà de produir-se cas per cas».

Por lo que se lleva razonado, la Sentencia recurrida debe ser casada en cuanto entiende oponible a la demandante el acuerdo adoptado por la comunidad demandada que restringe o limita los posibles usos de los diferentes pisos, contra su expreso rechazo, al infringir los artículos citados en el recurso de casación, así como la tesis de esta sala, expuesta en la sentencia 33/2016, de 19 de mayo -EDJ 2016/75412-, expresiva de que las limitaciones de uso aprobadas con el voto favorable del 80 % de la comunidad no pueden afectar al propietario disidente, en este caso a la propietaria del ático 4.ª en la medida en que cuando fue adoptado ya estaba autorizada a destinarlo a uso turístico”.

Sin embargo, a pesar de esa doctrina que expone la sala con carácter general, no se puede prescindir del caso concreto sobre el que recae, en el que la propietaria disidente que se opuso e impugnó judicialmente el acuerdo en el momento en que se tomó por la comunidad de propietarios ya estaba autorizada para destinar su vivienda a uso turístico.

Queda la duda por ello de si se va a aplicar la misma doctrina jurisprudencial cuando la actividad prohibida se implanta con posterioridad al acuerdo comunitario o cuando cesa dicha actividad en un momento posterior, aunque no se haya producido la transmisión a un tercer adquirente. En mi opinión, no cabe hacer depender la retroactividad de una norma de los actos propios de un sujeto, por lo que creo que tampoco debería vincular la norma prohibitiva los propietarios que no hubieran consolidado su expectativa de uso con anterioridad ya que se estaría vulnerando el contenido esencial del derecho de propiedad[9].

Otra cuestión de interés, y que ya ha recibido las primeras críticas[10], es la novedosa teoría de la eficacia limitada de las normas comunitarias que construye el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en aras de querer garantizar la seguridad jurídica quebranta uno de los principios básicos del régimen jurídico de la propiedad horizontal, el de la vinculación universal de los acuerdos comunitarios previsto en el art.553-30.1 CCCat. -EDL 2006/58523-, haciendo una interpretación al margen del texto legal, y por tanto, vetada por nuestro ordenamiento jurídico.

IV. La acción de cesación de la actividad de alojamiento turístico

Al margen del instrumento jurídico de la prohibición o limitación en el ejercicio de determinadas actividades en los

elementos privativos del edificio, la comunidad de propietarios dispone de una acción civil para hacer cesar dicha actividad cuando esta es molesta, dañosa, insalubre, peligrosa o se realiza de forma ilícita, en virtud de lo dispuesto en el art.7.2 LPH -EDL 1960/55-.

A) Actividad ilícita por contravención de la normativa urbanística

Si por razones urbanísticas derivadas del planeamiento o de las ordenanzas se prohíben expresamente determinadas actividades en un sector o zona del municipio, el ejercicio de las mismas en el edificio, con independencia de la sanción y consecuencias que en la vía administrativa pueda acarrear (multas coercitivas, clausura), deben ser también “prohibidas” en el campo de la propiedad horizontal.

Es el caso de los usos turísticos excluidos en los planteamientos urbanísticos como el Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos de la ciudad de Barcelona (PEUAT).

La actividad sin licencia que se desarrolle en una vivienda podrá ser perseguida por la comunidad judicialmente para conseguir su cese basándose en que está prohibida por la normativa urbanística aplicable al sector de la población donde está enclavada.

A mayor abundamiento, ello puede ser un indicio de que la actividad es molesta, sin que ello pueda entenderse como una suerte de exención de la carga probatoria de la existencia de dichas molestias[11].

No obstante, debemos tener presente que existe alguna resolución judicial (AP Castellón 1-2-02, -EDJ 2002/136463-, y AP Barcelona 30-10-06 -EDJ 2006/430358-) que viene estableciendo que la ilegalidad administrativa es irrelevante en el pleito civil, por lo que no es por sí solo motivo para hacer cesar la actividad, debiendo acreditarse que la actividad es molesta. Cabe puntualizar que estas resoluciones judiciales se refieren en todo caso a actividades que son *per se* legalizables y, por consiguiente, su implantación no está prohibida por el ordenamiento urbanístico, pero en el caso concreto dicha actividad no se ha podido legalizar por haberse infringido el procedimiento para ello o porque se han infringido los requisitos técnicos para ello.

B) Actividad molesta, dañosa, peligrosa, nociva o insalubre

Otra cuestión de interés es si cabe considerar que la actividad de alojamiento turístico es intrínsecamente molesta, dañosa, peligros o insalubre.

Esta cuestión ha sido analizada con detalle por el TSJ de Cataluña (sentencias 19-5-16 -EDJ 2016/75412- y -EDJ 2016/75411-; y la más reciente 13-9-18 -EDJ 2018/588930-), concluyendo que el uso turístico *per se* y en abstracto no comporta una actividad no permitida e incompatible con la normal convivencia cuando se ubica en comunidades de viviendas de uso residencial sometidas a las reglas de la propiedad horizontal. Razona el Tribunal, que tampoco la actividad *per se* y en abstracto supone un daño o peligro para el edificio en la medida en que el uso intensivo de los elementos comunitarios por el trasiego de los ocupantes, que no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras como despachos profesionales o locales abiertos al público, puede ser compensado mediante un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o local.

Por el contrario, una reciente sentencia 18-9-18 -EDJ 2018/576379- dictada por el juzgado de Primera Instancia nº14 de Granada, ordena la cesación inmediata de la actividad de dos pisos turísticos porque considera que es el desarrollo de esta tipología de actividad en un edificio residencial es intrínsecamente molesta y no debe ser soportada por la comunidad de propietarios:

“Expuestas sintéticamente las posiciones referidas, ha de partirse de la premisa que puede afirmarse como hecho notorio que el uso de los elementos comunes por ochocientas personas distintas en dos años (dato ofrecido por el propio demandado) evidentemente supone un uso anormal de las instalaciones comunitarias y aunque únicamente se expresa en términos de probabilidad la de producirse daños, o un inadecuado mal uso de los elementos comunitarios es alta, si además a ello, se añade que los usuarios carecen de cotitularidad sobre éstos de modo que de su reparación o reposición no les afectaría directamente en bienes de su propiedad, el cuidado empleado no puede equipararse al de los comuneros.”

Además, indica la Sentencia que no se está contratando un servicio en un alojamiento especialmente preparado para ello “donde cualquier alteración de la convivencia en modo de ruidos, daños o de cualquier otro modo se encuentra totalmente prevista de tal forma que es inmediatamente resuelta por el responsable”, por lo que el “empleo de los inmuebles integrantes en una comunidad de propietarios como turísticos conviviendo con quienes poseen en ella su vivienda habitual provoca necesariamente los conflictos generados por el desarrollo de una actividad mercantil en espacios no especialmente habilitados para ello”.

En mi opinión, la actividad de alojamiento turístico no es intrínsecamente molesta o dañosa, sino que dependerá de cómo se desarrolle en el caso concreto. En todo caso, mi recomendación es que la comunidad se anticipe a esta problemática jurídica, estableciendo en los estatutos comunitarios un régimen jurídico específico aplicable a los

propietarios que quieran destinar su vivienda a uso turístico, sin prohibirla, pero sujetándola al control de la futura comunidad de propietarios, fijando un conjunto de medidas preventivas en aras de garantizar que se desarrolle dicha actividad de la forma menos molesta para el resto de vecinos del inmueble^[12].

[1] MAGRO SERVET, V., “Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y normativa autonómica” -EDC 2017/512365-, Ed. El Derecho, 2018.

[2] GISBERT: “Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal”, Pretor, 1962, enero-febrero, núm. 7, pg. 14.

[3] FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.), “Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?”, Revista Actualidad Civil nº7-8, Ed. Wolters Kluwer, 2018.

[4] ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario al artículo 7.2 de la LPH”, R. Bercovitz (coord.), Comentarios a la Ley de propiedad horizontal; Madrid, 2002.

[5] ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, “Derecho Hipotecario”, Ed. Bosch, 2008, p.353.

[6] FUENTES-LOJO LASTRES, A., y FUENTES-LOJO RIUS, A.; “Ley de Propiedad Horizontal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, normas complementarias e índice analítico.”, Novena Edición, Ed. Colex, 2018, págs.164-165.

[7] FUENTES-LOJO RIUS, A., “Medidas legales para una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: la regla de la unanimidad debe quedar relegada a los supuestos estrictamente necesarios”, Diario La Ley nº9269, Ed. Wolters Kluwer, Octubre 2018.

[8] En la medida que se ratifica en su sentencia 19-5-16 - EDJ 2016/75412-.

[9] FUENTES-LOJO RIUS, A., “Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial del TSJ de Cataluña sobre la problemática de pisos turísticos en comunidades de propietarios”, Revista de Derecho Inmobiliario, Ed. Francis Lefebvre, 2018.

[10] ECHEVERRÍA SUMMERS, F., “La problemática de las viviendas de uso turístico y los mecanismos de defensa frente a las mismas de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal” -EDA 2018/503150-, www.elderecho.com, 2018.

[11] SANCHO CERDÁ, G.; “Cuestiones sobre el artículo 7.2 LPH (Conclusiones de las XXI Jornadas Andaluzas de Propiedad Horizontal, Segunda parte)”, Revista de Derecho Inmobiliario nº2, Ed. El Derecho, 2012.

[12] FUENTES-LOJO RIUS, A., “La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios”, Diario La Ley nº9234, Ed. Wolters Kluwer, Julio 2018.

Compatibilidad entre las medidas cautelares anteriores a la demanda de recuperación de la posesión y la medida especial de recuperación de posesión introducida por la Ley sobre ocupación ilegal de viviendas



Coordinador : *D. Luis Antonio Soler Pascual*
Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -EDL 2018/92372-, en relación a la ocupación ilegal de viviendas ha introducido en el art. 441 apartado 1 bis -EDL 2000/77463- lo siguiente:

“Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda.”.

Parece que la norma que transcribimos contempla una específica solicitud de tutela cautelar que describe además en qué consiste su apariencia de derecho y riesgo de demora.

Pues bien, la cuestión que formulamos es la siguiente: ¿puede solicitar quien vaya a ser demandante, medida cautelar consistente en la entrega de la posesión de la vivienda con carácter previo a la formulación de la demanda de conformidad con el art. 730.2 LEC -EDL 2000/77463-?. ¿Puede solicitarla inaudita parte?. En tal caso, el régimen de los presupuestos para la adopción, ¿serían los comunes de la LEC, incluida la caución?. Si se concediese y se formulara impugnación y oposición -según el caso- y antes de resolver se presentara demanda y se hiciera solicitud de entrega cautelar de la vivienda conforme al art. 441.1 bis LEC y se dieran las condiciones para la entrega de la posesión, ¿qué alcance tendría la decisión de tutela cautelar en la hipótesis de revocación?. ¿Indemnizatoria?. ¿Recuperatoria de la posesión por el demandado?.

La cuestión formulada es eminentemente práctica. A la postre se trata de vislumbrar si al lado de una medida de tutela cautelar, que es excepcional y generada ad hoc para el procedimiento del art. 250.1.4º LEC -EDL 2000/77463-, relativo a la tutela sumaria de la posesión de la cosa -como algún autor pone de relieve, el antiguo interdicto de recobrar la posesión-, regulada en el nuevo art. 441 apartado 1 bis LEC, es posible la coexistencia de la tutela cautelar regulada en la LEC y, en particular, si es posible previo a la demanda hacer petición de cautela para recobrar la vivienda ocupada.

Pues bien, hay si duda una opinión mayoritaria que combina una doble reflexión, a saber, de un lado, la plena compatibilidad jurídica y, de otro, la inutilidad práctica de promover una medida al margen del art. 441.1.bis LEC -EDL 2000/77463-, en especial por razones temporales sin despreciar, las jurídicas.

Muy interesante resulta también alguna reflexión que combina el requisito de alegación y prueba para el ocupante que se reconoce en el art. 441.1.bis LEC -EDL 2000/77463- con la petición de medida cautelar inaudita parte.

En conclusión, parece de tal eficacia la medida adoptada desde el punto de vista práctico que en el fondo, más allá de consideraciones jurídicas sobre compatibilidad con la tutela ordinaria, por un simple juicio comparativo cabe concluir que resultará de difícil hallazgo encontrar en la práctica quien arriesgue por una tutela ordinaria para el caso a que se refiere la medida del art. 441.1.bis LEC -EDL 2000/77463-.

No nos resta más que recomendar, como siempre, la atenta lectura de nuestros autores.

D. Francisco Berjano Arenado

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Sevilla

No cabe duda que la posibilidad de solicitar medidas cautelares en este tipo de procedimiento, incluso *inaudita parte* (con la aclaración que al respecto se hace más adelante), existe, es decir, no estimo que concurra obstáculo jurídico alguno que lo impida ya que el art. 730.2 de la LEC -EDL 2000/77463- la contempla y, aunque se entienda que se está ante una medida anticipativa de la condena, si se trata de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera

otorgarse (art. 721 LEC), tal circunstancia está contemplada en el art. 727,7ª de la LEC.

Otra cosa es que, desde el punto de vista práctico, pueda tener sentido tal solicitud, especialmente en el supuesto que contempla la pregunta (que, conforme al art. 441 apartado 1 bis LEC -EDL 2000/77463-, el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda), pues en este caso, la celeridad del trámite previsto para recuperar la posesión- requerimiento a los ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días título que justifique su situación posesoria y si no se aporta justificación suficiente, se ordena por el tribunal mediante auto, contra el que no cabe recurso, la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer – desaconsejaría “perder el tiempo” planteando una previa solicitud de medida cautelar que, si fuera seguida de impugnación u oposición, dilataría la “reconquista” de la posesión de dicha vivienda.

Por tanto, no veo inconveniente alguno - de orden netamente jurídico – que impida entablar una solicitud de medidas cautelares como las que se señalan en la pregunta, a pesar de que, como pone de manifiesto Fuentes-Lojo Rius, haciendo referencia a Pérez Daudí, la Proposición de Ley elaborada por el grupo de expertos creado *ad hoc* para aquélla, propuso la creación de un juicio verbal de desahucio que contemplaba precisamente la posibilidad de adoptar medidas cautelares anticipativas “inaudita parte”, que permitieran la recuperación inmediata de la posesión del propietario y de cualquier otro titular de derecho por justo título que fuera persona física, entidad social o administración pública, postergando el trámite procesal de audiencia al demandado a un momento posterior al de entrega de la posesión de la vivienda y de que dicha posibilidad fue objeto de debate durante la tramitación parlamentaria por el riesgo de indefensión que podría provocar al demandado y ante el miedo de que la medida terminara provocando un efecto “boomerang” con un aluvión de incidentes de nulidad de actuaciones a resolver por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

No obstante, como indica dicho autor, dicha propuesta no prosperó y, finalmente, se decidió modificar la figura del interdicto de recobrar la posesión del art. 250,1,4ª de la LEC -EDL 2000/77463- adaptándolo al problema generado por la ocupación ilegal.

Como he dicho antes, sí veo el inconveniente de orden práctico ya que se antoja, en principio, como más ágil el interdicto de recobrar actualizado.

En cualquier caso, llegado el caso, si se hubiera optado por solicitar con carácter previo a la demanda la adopción de la medida cautelar consistente en la entrega de la posesión de la vivienda, estimo que, salvo que se tratara de algún supuesto excepcional (razones de urgencia o necesidad), dicha medida debería instarse previa audiencia del ocupante, exigiéndose para la adopción de la misma los requisitos que, con carácter general (art. 728 LEC -EDL 2000/77463-), deben concurrir conforme al régimen general recogido en la LEC, incluida la obligación de prestar caución por parte del solicitante (art. 737 LEC).

Esta circunstancia que acabo de exponer no hace más que ratificar lo manifestado anteriormente: que no resulta práctico solicitar la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de una demanda de interdicto de recobrar la posesión por ocupación ilegal.

En el supuesto de que la medida hubiera sido adoptada *inaudita parte* y fuera revocada por estimarse la oposición, lo que procedería es reponer en la posesión a quien por mor de la medida adoptada fue desposeído de ella, sin perjuicio de que condenar al actor a los daños y perjuicios (art. 741,2 y 742 LEC -EDL 2000/77463-). Igual ocurriría si la resolución que recayera en el posterior juicio verbal de interdicto de recobrar la posesión amparara el derecho del ocupante demandado (arts. 745 y 742 LEC), pues se trataría de dejar la situación como estaba antes de la adopción de la medida.

D. Juan Ángel Moreno García

Magistrado de la Sección 9ª Audiencia Provincial de Madrid

Es necesario hacer las siguientes consideraciones de carácter previo, la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2018, de 11 de junio -EDL 2018/92372-, del precepto comentado, tiene una doble finalidad, por un lado facilitar el que se pueda demandar a los ocupantes de las vivienda, que habiendo ocupado de forma ilegal la misma, hace difícil, cuando no imposible a los propietarios o titulares de derechos reales sobre la vivienda identificar a los ocupantes, por la propia situación en la que se ha procedido la ocupación, y porque en numerosas ocasiones, cuando no siempre, dichos ocupantes tiene una voluntad de ocultar su identidad a fin de dificultar todo lo posible la recuperación de la posesión por el propietario, cuando existían resoluciones judiciales contradictorias sobre esta cuestión; la segunda finalidad u objetivo de la norma es facilitar el que en estos supuestos el propietario o titular de un derecho real pueda recuperar la posesión de una forma directa e inmediata, sin necesidad de tener que esperar a un proceso a veces no todo la rápido que sería necesario, y en su caso a que se resuelvan los correspondientes recursos que el demandado o demandados puedan interponer, en muchas ocasiones con la finalidad de dilatar el proceso, y por lo tanto la ocupación ilegal.

La segunda precisión que debe hacerse es que dicha posibilidad, que se concede para solicitar la entrega inmediata de la posesión, solo es respecto a las acciones contempladas en el artículo 250,4, párrafo primero -EDL

2000/77463-, es decir en aquellos casos en que existe una posesión que se ha obtenido en contra de la voluntad del dueño o titular del derecho real, a través de una ocupación ilegal, pero no en los supuestos en los que la acción de desahucio se base en el impago de la renta, o bien porque se trate de una posesión de precario, en que la posesión en tal concepto inicialmente fue cedida en virtud de esa situación posesoria por el propietario.

Esta norma no es incompatible con la posibilidad de adoptar medidas cautelares en base al artículo 730 de la ley de enjuiciamiento civil -EDL 2000/77463-, que establece como regla general que las medidas cautelares deberán solicitarse con la demanda, si bien el párrafo segundo establece una regla específica, por la que se faculta para solicitar las medidas cautelares previamente a la presentación de la demanda, siempre que se acredite y aleguen razones de urgencia o necesidad; pero no parece por lo tanto que esta vía sea más rápida y eficaz a fin de conseguir la restitución de la vivienda, que el cauce previsto en el artículo 441 apartado 1 bis; cuando por esta vía es necesario que se preste la correspondiente caución y como establece el artículo 730 de la Ley de enjuiciamiento civil se acredite las razones de urgencia o necesidad, que cabría entender que concurren dichos requisitos cuando se tratara por ejemplo la vivienda o domicilio habitual, pero en estos casos sería más eficaz acudir a la vía penal; cuando por la vía del artículo 441 de la ley de enjuiciamiento civil no es necesario, acreditar ni la situación de urgencia ni de necesidad; y cuando parece difícil que por vía de medidas cautelares, se proceda a la adopción de dichas medidas, puesto que implica de alguna forma privar de una vivienda al ocupante, aunque sea ilegal.

La petición de medidas cautelares con carácter previo a la demanda, en base al artículo 730 de la ley de enjuiciamiento civil -EDL 2000/77463-, exige que se preste la correspondiente caución, siendo difícil también que se pueda adoptar la medida cautelar inaudita parte.

Los efectos de la entrega que prevé el artículo 441 de la LEC -EDL 2000/77463-, son las derivadas de la propia norma, si el demandado o demandados no acreditar ningún título que legitimen su posesión, el lanzamiento de los ocupantes, y la entrega de la posesión al actor e instante del procedimiento de desahucio.

En el supuesto de que continuara el juicio de desahucio, por que compareciera alguno de los ocupantes de la vivienda, es presupuesto esencial para que la acción no prospere que el demandado, o demandados presenten un título que legitime su posesión, pues el hecho de que no se hayan opuesto al incidente previo, no impide que si pueda aportarse ese título en el acto del juicio, y si se acreditara la existencia de título posesorio, la consecuencia sería la desestimación de la demanda de desahucio.

Los efectos que se derivan de la aplicación del artículo 441 de la Ley de Enjuiciamiento civil -EDL 2000/77463-, y haber procedido al lanzamiento del ocupante de la vivienda, a pesar de tener un título que legitime su posesión, deben deducirse de una interpretación conjunta de los artículos 534, 742 y 745 de la citada ley, la consecuencia de la desestimación de la acción de desahucio, toda vez que la previsión recogida en el artículo 441,1 bis, realmente es una ejecución anticipada de la sentencia, la regla general será la de restituir al demandado o demandados en la posesión de la vivienda; pero en los supuestos en que la vivienda este ocupada por un tercero de buena fe, bien porque ha adquirido el dominio de la vivienda, o bien porque se la ha cedido en arrendamiento, la consecuencia no puede ser otra que la indemnizatoria, debiendo liquidarse los daños y perjuicios por el trámite de los artículos 712 y ss. del C. civil -EDL 1889/1-.

D. Miguel Ángel Larrosa Amante

Presidente Audiencia Provincial Murcia.

Se planten diversas cuestiones relacionadas con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada en la Ley 5/2018, de 11 de junio -EDL 2018/92372-. Lo primero que es preciso destacar, por cuanto condiciona las respuestas que deben apuntarse, es que tal reforma opera exclusivamente sobre el procedimiento previsto en el artículo 250.1.4º LEC -EDL 2000/77463-, relativo a la tutela sumaria de la posesión de la cosa, esto es, el antiguo interdicto de recobrar la posesión, procedimiento que antes de la reforma no tenía un cauce procesal diferenciado como sí ocurría con otros de los procesos especiales que se tramitan por la vía del juicio verbal en los términos previstos en la anterior redacción del artículo 441 LEC. La finalidad de la reforma no es otra que la de dotar de un medio eficaz y rápido para que los propietarios puedan recuperar la posesión ilegalmente obtenida, dando respuesta en parte al movimiento “okupa” sin necesidad de acudir a la vía penal.

En el segundo párrafo del apartado 1 bis del artículo 441 LEC -EDL 2000/77463-, introducido en la citada reforma legal, se contiene una medida cautelar coetánea a la presentación de la demanda como es la solicitud de entrega inmediata de la posesión de la vivienda, medida cautelar que no puede ser solicitado por cualquier propietario que vea ocupada ilegalmente su vivienda sino sólo aquellos que se incluyan en la limitada legitimación prevista en el artículo 250.1.4º.2º LEC, también introducido en la citada reforma.

La cuestión se plantea en relación a la posibilidad de petición de medidas cautelares previas a la formulación de la demanda en las que se solicite la entrega de la posesión de la vivienda ilegalmente ocupada, pregunta que no tiene una respuesta nítida. No cabe duda que aquellos propietarios legitimados para pedir la inmediata recuperación de la vivienda de acuerdo con el citado artículo 250.1.4º LEC -EDL 2000/77463- (personas físicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades públicas titulares de viviendas sociales) no tendrán necesidad de acudir a la medida cautelar previa a la presentación de la demanda, pues el mismo efecto tendrá la solicitud autorizada con la propia demanda que se

tramitará en paralelo al procedimiento principal y que tiene la importante diferencia de que no se exige caución y que el auto acordando la entrega de la posesión no es recurrible y sí ejecutable de forma inmediata.

Por tanto la posibilidad de solicitar la medida cautelar antes de la demanda sólo quedaría reducida a las personas que no están legitimadas para pedir la inmediata recuperación de la posesión que, básicamente quedan reducidas a las personas jurídicas con ánimo de lucro. Rige, en estos casos el régimen general de las medidas cautelares previsto en los artículos 721 y siguientes LEC -EDL 2000/77463-. Por ello, la primera cuestión que debe responderse es si esta medida de entrega inmediata de la posesión es una de las medidas cautelares previstas en el artículo 727 LEC. Salvo una interpretación muy generosa de la medida prevista en el apartado 7º del citado artículo, el encaje jurídico de esta petición sólo podría darse en el apartado 11º de la misma norma en relación con el artículo 441.1 bis 2º del texto procesal, en cuanto una medida cautelar nueva introducida por la reforma operada en la Ley 5/2018 -EDL 2018/92372- para la recuperación de la posesión ilegalmente obtenida.

Lo anteriormente razonado nos lleva a la respuesta a la primera de las cuestiones en el sentido de que sí será posible solicitar esta medida cautelar con carácter previo a la presentación de la demanda, estando legitimado para ello cualquier propietario. Sin embargo, entiendo que, en atención al tipo de medida acordada y la propia regulación del artículo 441.1 bis LEC -EDL 2000/77463-, no será posible solicitarla “inaudita parte”, pues en el trámite especial que se regula en dicha norma existe un traslado específico a los ocupantes para que acrediten el título que justifique su derecho a poseer, de tal manera que en las medidas generales tampoco será posible acordar la entrega inmediata de la posesión sin contrastar el título del actor y dar oportunidad al ocupante demandado de mostrar el título posesorio que le pueda amparar. Esta sería, a mi juicio, la única especialidad de esta medida cautelar con relación al procedimiento general para su adopción, debiendo de concurrir todos los requisitos exigidos en el artículo 728 LEC, incluida la prestación de caución que, en este caso, parece más necesaria que nunca en atención a los perjuicios que derivan del lanzamiento de una vivienda sí después el juicio posesorio no fuese estimado por cualquier motivo, así como las ventajas que obtiene el propietario de la posesión de la finca.

Por último, entiendo que no es posible si se ha solicitado la medida cautelar previa a la presentación de la demanda, reiterar la misma en la propia demanda, salvo que previamente se hubiese renunciado a aquella. Carece de sentido, si ya se ha concedido en la cautelar previa a la demanda la posesión, volver a pedir la en la demanda la entrega de una posesión que ya está en poder del demandante al haberse ejecutado la medida cautelar previamente adoptada. En todo caso, una sentencia desestimatoria de la demanda principal afectaría a la medida cautelar, dejando a la misma sin efecto pues desaparece la apariencia de buen derecho, y tendría efectos dobles, por un lado de recuperación de la posesión de la que ha sido privado, y en caso de que se acrediten daños concretos y determinados, la posible indemnización para ser objeto de reparación.

D. Luis Alberto Gil Nogueras

Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Zaragoza

A mi juicio se trata de una medida cautelar específica que en consecuencia se añade como una facultad de tutela, al margen de las ya existentes. No limita nada, sino que suma. En ese sentido como las medidas que a título ejemplificativo se incluyen en el catálogo del artículo 727 LEC -EDL 2000/77463- con alguna de las cuales puede guardar alguna semejanza (la 7 aduce al cese provisionalmente en una actividad y a la de abstención temporal de llevar a cabo una conducta) participa del mismo sistema en cuanto a su solicitud y posibilidades para hacerlas valer con arreglo a las reglas genéricas de la medida cautelar.

En ese sentido tal medida puede verificarse anticipadamente si se concurren los requisitos del art 730.2 LEC -EDL 2000/77463-, si la situación es de tal urgencia que así lo precise, puede acordarse inaudita parte, conforme al contenido del art 733 LEC siempre y cuando se otorgue al afectado la posibilidad de oponerse, en los términos que expone el art 739 y siguientes.

A mi juicio si se optara por acudir al mecanismo propio o genérico de las medidas cautelares se debería contar con cumplir los requisitos previstos para su adopción, incluido el ofrecimiento de la caución.

Caso de que adoptada la medida, ésta quedara sin efecto como consecuencia de una revocación, lo que a mi juicio procedería sería el reintegro posesorio a quien fue privado de aquella y la indemnización de los daños y perjuicios a cargo de la caución que a tal fin se hubiere prestado. Como sucedería en términos generales.

Ese vendría a ser la situación caso de que se solicitara la medida por el régimen general de las medidas cautelares.

La regulación del art 441.1 bis -EDL 2000/77463- es bastante más ágil y acorde con una concreta finalidad: conseguir de modo directo y efectivo la recuperación de una posesión perdida por un hecho que conforme al art 444 CC -EDL 1889/1- no debe afectar a la misma. Por ello tal pretensión articulada de este modo en la demanda, libera al demandante de los requisitos propios y genéricos de las medidas cautelares y de su tramitación, siendo eso sí necesario la aportación de un título que justifique la posesión del demandante y su expresa solicitud de reintegro posesorio inmediato. La aportación de este título opera como un principio de buen derecho, mientras la situación posesoria que se muestra como ilegítima se considera implícitamente que genera un peligro en la demora. La defensa del demandado se genera a su vez por la aportación de un título de ocupación que legitime su derecho a

poseer. Su aportación conduce a tener por zanjado el incidente, mientras su falta de aportación conduce automáticamente al reintegro posesorio al demandante solicitante. A mi juicio la falta inicial de aportación del título, no excluye la posibilidad de defensa del demandado en lo que podía llamarse proceso principal, de tal modo que como expone la cuestión cabría la posibilidad de justificación posesoria de aquél frente al demandante. En estos casos el reintegro originado, que tendría la condición de cautelar, por tanto de provisional en cuanto accesorio del resultado final del proceso, debería quedar sin efecto, y por tanto el bien retornar al ocupante demandado. Al margen de ello cabría sostener el derecho a ser indemnizado por parte del ocupante por el despojo posesorio de que ha sido objeto, pero no hay a mi juicio, articulado medio de que lo sea dentro del proceso. Se tratará por tanto de llevarlo a cabo mediante una petición autónoma.

D. Juan Luis Gordillo Alvarez-Valdés

Magistrado Audiencia Provincial Madrid, Sección 10º.

Referida la primera cuestión planteada a si el futuro demandante puede solicitar como medida cautelar la entrega de la posesión de la vivienda antes de la presentación de la demanda (art. 730.2 LEC -EDL 2000/77463-), considero que se trata de dos cauces procedimentales distintos, pudiendo elegir el interesado entre uno u otro si bien, según la regulación del título VI Libro III de la LEC, no cabría “condicionar” la medida cautelar de la entrega inmediata de la posesión a la falta de entrega de “título sobre la situación posesoria”, esto es, o se solicita la medida solicitada ex artículos 721 y siguientes de la LEC o se solicita lo prevenido en el artículo 441 bis. Del mismo texto legal.

La norma contenida en el artículo 441.1.bis de la LEC -EDL 2000/77463- tiene carácter de ley especial frente a la norma general, por lo que no cabría ya ejercitada la facultad contenida en el art.441bis acudir a los cauces de los artículos 721 y siguientes LEC para la petición cautelar en cuestión, máxime cuando la doctrina también se refiere a que las medidas cautelares de procedimiento de los artículos 721 y siguientes han de tener un carácter subsidiario, esto es, se acuerdan en defecto de otra que conduzca a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgar una eventual sentencia estimatoria (art. 726.1.2º: medida no susceptible de sustitución por otra menos gravosa o perjudicial para el demandado).

Es importante destacar que el solicitante puede intentar la adopción de medida cautelar vía 721 y siguientes de la LEC -EDL 2000/77463- cabiendo incluso su adopción in audita parte, oponiéndose posteriormente el contrario bajo su personación en el procedimiento cautelar.

La solicitud inaudita parte (Art.730.2 LEC -EDL 2000/77463-) según lo dispuesto en el art.733 cabría si se acreditan razones de urgencia o que la audiencia podría comprometer el buen fin de la misma (piénsese en un peligro inmediato de incendio o en tratarse de un piso con un incesante cambio de ocupantes con ejercicio actividades delictivas).

Si bien tal procedimiento en la práctica, ante el riesgo de ocasionar un perjuicio irreparable, se ha aplicado de forma muy excepcional.

En tal caso, los requisitos serían los de la LEC, caución incluida, si bien al fijar esta se valorará el contenido de la pretensión y el fundamento de la misma a efectos de considerar los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera ocasionar al demandado (art.728 LEC -EDL 2000/77463-).

Si antes de resolverse la medida cautelar por los cauces de los artículos 721 y siguientes de la LEC -EDL 2000/77463- se solicitase la entrega previa de la posesión, considero que si, como se plantea, se revocase la concesión la concesión de la medida cautelar, su efecto lógicamente sería el de la recuperación de la posesión por el demandado y, de no ser ello posible, la indemnizatoria. Si en tal supuesto se plantease posteriormente lo dispuesto en el artículo 441 bis, lo lógico sería esperar a la resolución sobre ello antes de fijar la recuperación o la indemnización ya apuntadas pues considero que, rechazada finalmente la medida cautelar solicitada de forma previa a la interposición de la demanda, nada obsta a efectuar la petición ex artículo 441.bis, fundada no en el peligro en la demora y en la llamada apariencia de buen derecho sino en la falta de justificación documental de la posesión junto a la acreditación de igual forma de ostentar el solicitante un derecho a poseer.

D. Eduardo Salinas Verdeguer

Magistrado del TSJ de Castilla La Mancha

Son perfectamente compatibles el nuevo procedimiento de recuperación de la posesión frente a una ocupación ilegal de viviendas, con las medidas cautelares pedidas antes o con las demandas de recuperación de la posesión, que existían desde que se aprobó la ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 -EDL 2000/77463-. Estas últimas sólo son medidas cautelares en función de un proceso posterior, mientras que las de la nueva redacción de la ley de enjuiciamiento civil, lo que constituyen es un procedimiento de recuperación de la posesión, que no necesita posterior proceso. Por tanto unos y otros tienen ámbitos completamente diferentes, es posible que una misma situación jurídica o conflicto pueda resolverse acudiendo a uno u otro de los procedimientos e incluso es posible, aunque poco recomendable, que ambos se inicien simultáneamente, comenzando un proceso verbal de desahucio con

la petición previa o simultánea de medidas cautelares y en el curso del mismo, (antes de obtener el desahucio o el lanzamiento cautelar o cuando no se obtenga por algún defecto o por imposibilidad de prestar una caución exigida) al observar que se dan las circunstancias exigidas en el artículo 441 1 bis, intentar el nuevo procedimiento sin desistir del pleito principal planteado anteriormente.

Lo fundamental es que con la nueva regla no se ha introducido una mera medida cautelar, sino un procedimiento separado y distinto para recuperar la posesión perdida ilegítimamente. En el preámbulo de la ley de 11 de junio pasado -EDL 2018/92372- se explica con claridad cuál es la finalidad y el ámbito de la reforma. En primer lugar explica que “han aparecido... fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa.... Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas... de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos... y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor... para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda” e incluso llegó a afirmar que “están identificadas verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso, que perturban y privan de la posesión de viviendas ...”. Por otra parte confiesa que “ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria” y, tras recordar algo tan obvio, como que la ocupación ilegal “no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna” explica que “la legislación vigente permite acudir a la vía penal, articulada con frecuencia al amparo de los artículos 245.2 y concordantes del Código Penal -EDL 1995/16398- como delito de usurpación, esta forma de tutela jurídica ... no comporta... una solución general que trascienda o sustituya los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios”, por ello “ante la demanda creciente de respuestas ágiles y eficaces sin tener que recurrir a las penales, se plantea esta reforma en la que se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión”.

Cuando se produzca una ocupación ilegal de un inmueble el propietario tendrá las opciones de las que ya disfrutaba, tales como presentar demanda para obtener el desahucio por precario de la finca (aunque la ocupación ilegal no es un precario) o formular demanda para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho por quien haya sido despojado o perturbado en su disfrute, también puede emplear las acciones de la Ley Hipotecaria -EDL 1946/59- para actuar en los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad o, por último el caso de ocupación ilegal del inmueble puede optar por la nueva vía. Si tiene éxito con ella se producirá una situación similar a la de los interdictos de la, ya derogada, antigua ley de enjuiciamiento civil -EDL 1881/1-, en la que se podía volver a plantear pleito sobre lo mismo, pues el efecto de cosa juzgada no se puede extender a cuestiones no debatidas o discutidas en un proceso anterior y, si tiene el actor tiene éxito, el demandado desahuciado podrá ejercer las acciones que crean le correspondan en un proceso posterior, con la consecuencia si triunfa del reconocimiento de su derecho a recuperar la posesión de la que ha sido ilegítimamente privado, más la indemnización de los daños y perjuicios que acredite, que en mi opinión serán al menos los correspondientes a la renta del alquiler del inmueble durante el período de privación de la posesión.

D. Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Señala la exposición de motivos de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -EDL 2018/92372-, en relación a la ocupación ilegal de viviendas que ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar, y que actualmente la recuperación inmediata de la vivienda por el propietario o titular de otros derechos legítimos de posesión de viviendas no es sencilla en la vía civil.

Lo que viene a significar la reforma de la LEC es que el objeto inicial de la pregunta que se formula no se estaba planteando, o si se estaba haciendo no daba resultado alguno, ya que la medida cautelar del art. 730 LEC -EDL 2000/77463-, como tal, no daba lugar a la adopción de la misma por el juez de instancia, dada la superior protección de esa posesión que exigía de una sentencia judicial, aunque bien es cierto que se estaba postulando la vía penal del art. 245.2 CP -EDL 1995/16398-, lo que difería en demasía la recuperación de la posesión hasta la firmeza de la sentencia firme por delito leve, lo que llevaba a una tardanza exagerada de, al menos, 2 años de retraso.

Ante esta falta de tutela judicial efectiva de los propietarios el legislador aprueba un texto que apuesta por un procedimiento expeditivo o monitorio, en el cual, evidenteente, las medidas cautelares previas no caben, dado que la específica urgencia y carácter expeditivo del procedimiento fijado en el art. 441 apartado 1 bis, párrafo 2º -EDL 2000/77463- señala que *Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la*



notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda.

En esta línea se configura un procedimiento expeditivo, ágil y eficaz con respeto a los derechos del demandado que le otorga la capacidad de oponer en el acto los mecanismos de prueba posesorios, por lo que una medida cautelar inaudita parte previa estaría en contra de la filosofía de esta reforma que ya otorga una respuesta inmediata al propietario y urgente, por lo que la medida cautelar y su objetivo está ya justificado y satisfecho con la urgencia en el trámite del art. 441.1 bis, párrafo 2º -[EDL 2000/77463](#)-.

Si se quisiera acudir a una medida cautelar con oposición o vista de la parte contra la que se dirige nos encontraríamos con la celebración de una vista, con lo que la contradicción de la medida cautelar ya queda garantizada con la opción que facilita esta reforma, lo que hace innecesaria y superflua la medida cautelar previa a este procedimiento.

Los problemas de una ausencia de contradicción en el okupa por la cautelar inaudita parte quedan resueltos con este procedimiento expeditivo en el que queda garantizada la posibilidad de prueba del okupa de su derecho posesorio. Nótese que en algunos casos se está detectando, por cierto, que se están abonando los gastos de comunidad, mediante petición del número de cuenta al administrador de fincas para la obtención de un mínimo título posesorio, por lo que es preciso advertir la no entrega de tal dato, ya que aunque el pago por tercero es válido, ello lo es previo consentimiento del deudor, ya que en este caso otorgaría un título al ocupante que no lo tiene para retrasar en mayor medida la recuperación del derecho posesorio por el propietario. Por ello, la respuesta debe ser negativa a esta opción.

CIVIL

TS Sala 1ª, sec. 1ª, S 11-10-2018, nº 567/2018, rec. 1683/2016. Pte: Marín Castán, Francisco -EDJ 2018/596658-

Efectos devolutivos de la nulidad de una cláusula suelo

-EDJ 2018/596658-

Préstamo hipotecario. Nulidad de cláusula suelo. El Alto Tribunal acuerda la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario. La entidad bancaria ha manifestado su allanamiento parcial al recurso, al estar de acuerdo con la pretensión relativa a que los efectos devolutivos de la nulidad de la cláusula se produzcan desde el momento inicial del préstamo.

CIVIL

TS 9-10-2018, Sala 1ª, rec.342/2016 Ponente: Baena Ruiz, Eduardo -EDJ 2018/596656-

División de vivienda según lo pactado en compraventa

-EDJ 2018/596656-

La Sala del TS considera que es conforme a Derecho la división de la vivienda solicitada. Esa división y la forma de llevarla a cabo ya fue la pactada en la escritura de compraventa de la vivienda.

CIVIL

Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, S 10-10-2018, nº 560/2018, rec. 85/2017. Pte. Baena Ruiz, Eduardo -EDJ 2018/596652-

Ocultación maliciosa del domicilio del demandado

-EDJ 2018/596652-

Desahucio. Recurso de revisión. El TS estima la revisión planteada por la arrendataria en proceso de desahucio. La arrendadora que ejercita la acción ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta al ocultar maliciosamente los datos relativos al domicilio de la demandada con el fin de que se tramitara el procedimiento estando la misma en rebeldía.

CIVIL

TS 3-10-2018, Sala 1ª, rec.521/2016 Ponente: Parra Lucán, María de los Ángeles -EDJ 2018/589919-

Obligación de pago de obra de reparación al no oponerse ni haber impugnado

-EDJ 2018/589919-

El TS declara la obligación de los propietarios del pago de las cuotas derivadas de unas obras de reparación. Fue la junta quien adoptó el acuerdo de realizar las obras de reparación de la fachada y su presupuesto, sin que los propietarios impugnaran el acuerdo ni formularan objeción a la ejecución de las obras.

CIVIL

Nulidad y efecto de cláusula suelo abusiva

-EDJ 2018/586482-

Hipoteca inmobiliaria: intereses. Retroactividad. Liberación del deudor. El TS establece que resulta improcedente limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo abusiva. La entidad bancaria deudora como consecuencia de la declaración de nulidad de cláusula suelo no queda liberada del pago por una transferencia a la cuenta judicial, sino que debe devolver al cliente las cantidades abonadas en exceso más sus intereses.

CIVIL

TS Sala 1ª, sec. 1ª, S 20-9-2018, nº 507/2018, rec. 3766/2015. Pte.: Salas Carceller, Antonio -EDJ 2018/570773-

Arras penitenciales en compraventa de vivienda

-EDJ 2018/570773-

Compraventa. Arras penitenciales. Efectos. Determina el TS que las arras penitenciales deben entenderse vigentes hasta la consumación del contrato, si no se estableciese otro momento en el contrato.

CIVIL

TS Sala 1ª, sec. 1ª, S 20-9-2018, nº 511/2018, rec. 501/2015. Pte.: Vela Torres, Pedro José -EDJ 2018/571922-

Ineficacia de pacto de exclusiva en arrendamiento de industria

-EDJ 2018/571922-

Arrendamiento de industria. Estaciones de servicio. Ineficacia del pacto de exclusiva. El TS considera que la declaración de ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro, por exceder de lo estipulado en la legislación, afecta a todo el entramado contractual cuando los contratos responden a una misma finalidad y entre ellos existe un equilibrio de prestaciones.

CIVIL

TS 26-09-2018, Sala 1ª, rec.2660/2015 Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier -EDJ 2018/588416-

Responsabilidad comunitaria por falta de mantenimiento de elementos comunes

-EDJ 2018/588416-

El TS condena a una comunidad de propietarios a hacerse cargo de la reparación y gastos por desperfectos en la vivienda privativa de un comunero, cuando tales daños son debidos a la ejecución deficiente del mantenimiento de un elemento común, cual es el forjado, lo que ha provocado los daños en la vivienda.

Novedades legislativas

Normativa más relevante

NORMATIVA AUTONÓMICA

Castilla-La Mancha

Decreto 73/2018, de 16 de octubre, por el que se establece la ordenación de los albergues turísticos en Castilla-La Mancha -EDL 2018/123320-

Transcendencia y finalidad

Mediante el presente decreto se aborda por primera vez la regulación de los albergues turísticos como modalidad de alojamiento extrahotelero, dado los importantes cambios socio-económicos producidos, que hacen necesario regular específicamente este tipo de establecimientos, y configurar este sector de la actividad económica como uno de los elementos básicos del desarrollo económico sostenible del turismo. De este modo, el Gobierno de Castilla-La Mancha, tiene la intención de fomentar la inversión y la creación de nuevas empresas en materia de alojamientos turísticos, dentro de un entorno de liberalización de las actividades turísticas y de simplificación de trámites, que pueda contribuir al desarrollo económico de nuestros destinos turísticos y a la creación de empleo.

Ámbito material

El presente decreto tiene por objeto la ordenación de los albergues turísticos radicados en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente decreto:

- a) Los albergues juveniles integrados en la Red de Albergues Juveniles de Castilla-La Mancha, que se registrarán por su normativa específica.
- b) Los establecimientos de alojamiento en habitaciones de capacidad múltiple, cuando su uso esté condicionado a la pertenencia a un determinado grupo o asociación.
- c) Los establecimientos dedicados a alojamiento en habitaciones colectivas por motivos escolares, docentes o sociales que se regularán por su normativa específica.
- d) El alojamiento en habitaciones de capacidad múltiple prestado sin contraprestación económica o cuando la cantidad abonada tenga el carácter de donativo o de voluntariedad.

Vigencia

El presente Decreto entra en vigor el día 13 de noviembre de 2018.

**

ACTUALIDAD

IPC (septiembre)

Según las estadísticas oficiales publicadas por el INE referidas a IPC (Base 2011), son los siguientes:

Índice general nacional, septiembre 2017 a septiembre 2018= 2,3 D

Vivienda en alquiler, septiembre 2017 a septiembre 2018= 1,4 D

Índice de actualización de rentas LAU septiembre 2018= 192,354 D

**

Resolución de 17 de octubre de 2018, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario. (BOE núm. 252, de 18 de octubre)

Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

Septiembre 2018

A) Tipos de referencia (1) :

1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España: 1,891
2. Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro (referido al mes anterior): 1,820

1 La definición y forma de cálculo de estos índices se recogen en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio.

**

Resolución de 1 de octubre de 2018, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (BOE núm. 238, de 2 de octubre)

Septiembre 2018

Tipos de referencia (1)

1. Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años: 0,134
2. Referencia interbancaria a un año (Euríbor): -0,166
3. Permuta de intereses/*Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de cinco años: 0,337
5. Tipo interbancario a un año (Míbor) 2: -0,166

1 La definición y forma de cálculo de estos índices se recogen en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio.

2 Este tipo dejó de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las operaciones formalizadas después de la entrada en vigor de la OM de 1 de diciembre de 1999 (BOE de 4 de diciembre)

Resolución de 1 de octubre, del Banco de España, por la que se publican los Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente (BOE núm. 246, de 11 de octubre)

Mes de septiembre de 2018

A) Tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecarios.

Permuta de intereses/*Interest Rate Swap* (IRS) 1:

Plazos

Porcentaje

Dos años	-0,135
Tres años.....	-0,021
.	
Cuatro años.....	0,184
.....	
Cinco años.....	0,337
.	
Siete años.....	0,610
.	
Diez años.....	0,945
.	
Quince años.....	1,299
.	
Veinte años.....	1,463
.	
Treinta años.....	1,530
.	

B) Tipo necesario para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

	Porcentaje
Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) a plazo de un año ¹	-0,293

¹ La definición y forma de cálculo de estos índices se recoge en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio (BOE de 6 de julio).

PROPIEDAD HORIZONTAL

Mantenimiento del interior de las terrazas cerradas por los propietarios

-EDE 2018/601598-**Planteamiento**

En una comunidad de propietarios, se acuerda en junta general de propietarios, la reparación y pintura exterior de todo el edificio. De las cuarenta viviendas que conforman la totalidad del edificio, 10 de ellas han realizado un cerramiento total con aluminio y cristal en su terraza o balcón hace más de 20 años. 3 de ellas reclaman a la comunidad de propietarios que pinte, a la vez que la fachada, la parte interior de su terraza, fachada antes del cerramiento.

¿Está la comunidad obligada a pintar, a los propietarios que han hecho el cerramiento total de su terraza, las paredes interiores de la misma?

Respuesta

Es de señalar que el art.7.1 LPH -EDL 1960/55- permite al propietario de cada piso modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración a estados exteriores, supuestos estos últimos que podrán ser autorizados por la Junta de Propietarios en acuerdo tomado por unanimidad, según se infiere del art.10.2.b) LPH, reformado en 2013, esto es, si existe un previo acuerdo de las tres quintas del total de propietarios que a su vez represente igual porcentaje de cuotas de participación, esto es, tres quintas partes.

Dicho esto, en primer lugar, el cerramiento tiene que haber sido autorizado por la comunidad, expresamente. Ese cerramiento, en su día, hubiera requerido el previo acuerdo unánime conforme al art.7 -EDL 1960/55- en relación con el art.11 LPH (derogado), como pone de manifiesto la sentencia TS de 17 de noviembre de 2011-EDJ 2011/287667-.

En cuanto a si la comunidad resulta obligada a pintar el interior del recinto cubierto o cerrado por el propietario en su momento, nos encontramos ante una modificación llevada a cabo por el propietario en beneficio exclusivamente privativo, de manera que deberá asumir tanto las consecuencias positivas de su actuación (ampliar el volumen de su vivienda), como las negativas (el espacio incluido de ese recinto queda sujeto a la conservación y mantenimiento por el propietario en aspectos que no sean estructurales, como ocurre con la pintura de los parámetros incluidos).

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Obras en local de negocio sometido al RD 2/1985, ¿queda suspendido?

-EDE 2018/604620-

Planteamiento

Existe un contrato de local de negocio de 1991, sin sumisión a la prórroga forzosa.

Desde hace tres años se encuentra en tática reconducción.

Formalmente no le han comunicado a la arrendataria la resolución del contrato, sino que debe abandonar el local por la realización de obras.

De acuerdo con el RD del 85 -EDL 1985/8350- que, se entiende que es el aplicable, ¿cabría comunicar por la arrendataria el deseo de continuar y renovar el contrato y, de no querer la propiedad, solicitar la indemnización del artículo 34, teniendo además en cuenta que es una industria textil-costurera- en la que atiende a sus clientes pero no está abierta al público en general?

Respuesta

El régimen jurídico aplicable es el del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril -EDL 1985/8350-, producida la tática reconducción por aplicación del artículo 1566 del Código civil -EDL 1889/1- se aplica el régimen establecido para los contratos de usos diferentes a los de vivienda de la LAU 1994 -EDL 1994/18384-.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LAU 1994 -EDL 1994/18384-, los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9º del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril -EDL 1985/8350-, y por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 -EDL 1964/62-. En el caso de tática reconducción conforme a lo dispuesto en el artículo 1.566 del Código Civil -EDL 1889/1-, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la presente ley relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Por aplicación del artículo 1581 CC -EDL 1889/1- es posible instar la finalización del contrato cada vez que concluya el periodo renovado.

Ahora bien, si lo que se insta es el abandono de la vivienda para la ejecución de obras necesarias, no es exactamente un supuesto de finalización del plazo convencional. A este respecto, dice el artículo 30 LAU 1994 -EDL 1994/18384- que “Lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23 y 26 de esta ley será también aplicable a los arrendamientos que regula el presente Título. También lo será lo dispuesto en el artículo 19 desde el comienzo del arrendamiento”.

Dice el artículo 21.2 LAU -EDL 1994/18384- que “Cuando la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda. Si la obra durase más de veinte días, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que el arrendatario se vea privado”.

Dicho esto, el arrendatario podría seguir en el uso del arrendamiento siempre que ello sea materialmente posible. Es decir, que no resulte inhabitable.

Ahora bien, conforme al artículo 26 -EDL 1994/18384- “Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna. La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta”.

Dicho esto, el arrendatario puede solicitar la suspensión. También puede comunicar su deseo de continuar mientras resulte habitable y técnicamente posible. La indemnización del artículo 34 -EDL 1994/18384- sólo se aplica si se produce la terminación convencional del contrato, lo que no se plantea en este caso.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Envío de convocatoria por correo electrónico y LOPD

-EDE 2018/601785-**Planteamiento**

¿Vulnera la protección de datos el envío, mediante correo electrónico, de convocatorias a los propietarios de una finca, estando las direcciones de correo electrónico de cada vecino visibles para todos los propietarios?

Respuesta

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) considera que enviar correos electrónicos a varios destinatarios sin respetar la privacidad de los mismos, atenta contra el Reglamento General de Protección de Datos -[EDL 2016/48900](#)- ya que facilitar las direcciones de correo electrónico de otras personas se trata de una cesión, que ha sido previamente consentida por el afectado, de sus datos personales.

La dirección de correo electrónico es un dato personal. A este respecto, la AEPD afirma que “la inclusión voluntaria de dicha dirección de correo electrónico por aquél no legitima la utilización de la misma por terceros para fines distintos de los expresamente señalados por el denunciante en cualquiera de las páginas en las que éste hubiera reflejado su dirección de correo electrónico, pues sólo el denunciante, como titular de sus datos personales, más concretamente, en este caso, de su dirección de correo electrónico, está legitimado, en los términos y con las excepciones establecidas en la LOPD -[EDL 1999/63731](#)-, para decidir sobre el destino y uso de sus datos personales.”

Para poder actuar conforme a lo que dicta esta ley, es necesario utilizar el campo CCO (“con copia oculta”). Es decir, cuando agregamos una dirección de correo electrónico en ese campo, se enviará una copia del mensaje a ese destinatario, pero su nombre no estará visible para el resto de destinatarios.

En consecuencia, se incumple la protección de datos cuando se envía mediante correo electrónico la convocatorias a los propietarios de una finca, estando (es decir, mostrándose, lo que implica una cesión a terceros ajenos) a las direcciones de correo electrónico de cada vecino visibles para todos los propietario.

HIPOTECA INMOBILIARIA

Toma de posesión de vivienda ejecutada hipotecariamente

-EDE 2018/604685-

Planteamiento

Un cliente ha comprado mediante escritura ante Notario, una vivienda que se ha adjudicado una empresa en una subasta judicial, de hecho ya consta inscrita la vivienda a favor de mi mandante en el Registro de la Propiedad.

La pregunta es: ¿puedo comparecer en el procedimiento de ejecución hipotecaria donde se ha celebrado la subasta en nombre de mi cliente y solicitar la toma de posesión del inmueble (no ha transcurrido todavía un año) en base al art. 675 L.E.C. -[EDL 2000/77463](#)- ya que establece sin distinciones: "Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado"?

Respuesta

La posibilidad de que el Juzgado ponga en posesión al adquirente parece tener sentido cuando existan ocupantes y para darlo a conocer frente a terceros como nuevo propietario.

Pero en este caso en el que el adjudicatario en el procedimiento judicial es el anterior titular registral y éste ha transmitido la propiedad a su cliente mediante escritura pública, el otorgamiento de esta escritura pública equivale ya a la puesta en posesión del inmueble, pues equivale a la entrega material del mismo (traditio) "cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario" (art. 1462 CC -[EDL 1889/1](#)-).

En cuanto a la posesión del transmitente, éste la adquirió con la inscripción en el Registro de la Propiedad del testimonio del Decreto de Adjudicación del Letrado de la Administración de Justicia (recordemos, en este sentido que la STS 14 de julio de 2015 -[EDJ 2015/129450](#)- señala que "En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil -[EDL 1889/1](#)- (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991 -[EDJ 1991/11660](#)-), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -[EDL 2000/77463](#)- , según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre -[EDL 2009/238889](#)-), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil".

PROPIEDAD HORIZONTAL

Imposibilidad de reclamar el cambio de puerta al propietario de un local

-EDE 2018/605932-**Planteamiento**

Un local de una comunidad de vecinos tiene una puerta muy vieja. La comunidad ha pintado la fachada y hay vecinos molestos en el aspecto que da a la comunidad como el propietario del local tiene su puerta. ¿La comunidad puede solicitar que la cambie?

Respuesta

En el concepto de fachada, que el art.396 CC -[EDL 1889/1](#)- incluye entre los elementos comunes, se incluyen los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores.

La estética constituye un elemento común también, de modo que debe respetarse por todos los vecinos. Ahora bien, la forma en que la LPH -[EDL 1960/55](#)- aborda la alteración estética es a la inversa, es decir, cuando un vecino realizar una obra o intervención que la altera, no cuando la comunidad hace una obra y los vecinos no acomodan los elementos privativos viejos a los nuevos. Es decir, para aplicar la consecuencia prohibitiva es necesario desplegar una actividad, no siendo suficiente la omisión o inactividad, pues el propietario no altera por sí mismo el estado de cosas.

Dicho esto, no se puede obligar al propietario a que cambie o reforme la puerta para que se encuentre en consonancia con la nueva fachada, dado que no es obligación que se pueda imponer al propietario al no tener un reconocimiento expreso ni en la LPH, ni en la jurisprudencia.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Cambio de reparto de gastos de coeficiente a partes iguales. Mayoría necesaria

-EDE 2018/606042-

Planteamiento

En una comunidad de propietarios, en junta ordinaria, los propietarios asistentes aprueban por unanimidad modificar el sistema de reparto de los gastos comunes y pasar del reparto de gastos por cuota de participación que figura en el título a cuota única para todos los propietarios.

Los propietarios que no asistieron a la junta, ¿pueden impugnar el acuerdo o deben asumir lo acordado por los asistentes? Si pueden impugnar, ¿qué plazo tiene para ello? ¿Conviene inscribir en el registro de la propiedad esta modificación del reparto de gastos?

Respuesta

Dice el art.17.6 LPH -EDL 1960/55- 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”. A lo que añade el art.17.8 LPH que “se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción”.

Por tanto, en segunda convocatoria deberá adoptarse un acuerdo por unanimidad de los asistentes presentes en ese momento, y posteriormente remitir el acta y esperar a que transcurra un mes, sin que los no asistentes manifiesten su disidencia.

Solo de esta forma se habría alcanzado el acuerdo unánime que se exige para cambiar el reparto de gastos de coeficiente o cuota de participación a partes iguales o sistema de cuota única.

Para cambiar el sistema de reparto de coeficiente a partes iguales, en cuanto se estaría vulnerando del art.9.1.e) LPH -EDL 1960/55- que obliga a aplicar el coeficiente, se necesita la unanimidad, en cuanto se entiende que es un pacto que altera el título y es de aplicación el art.17.6 LPH que exige la unanimidad.

Para que produzca efectos frente a nuevos propietarios habría que modificar lo inscrito en el Registro de la Propiedad.

Si existen propietarios disidentes, el acuerdo no se habría adoptado por unanimidad, por lo que al incumplirse las reglas del art.9.1.e -EDL 1960/55- y art.17.6 LPH, el acuerdo es anulable por ser contrario a la LPH.

Existe en este caso un plazo de un año para impugnar judicialmente el acuerdo (art.18 LPH).

PROPIEDAD HORIZONTAL

¿Puede el administrador encargar los trabajos aprobados en junta ante inacción del presidente?

-EDE 2018/606677-**Planteamiento**

Una comunidad de propietarios aprobó en junta un presupuesto para reparar una avería de agua. El presidente no da el conforme del presupuesto, ¿puede la administración encargar los trabajos?

Respuesta

En nuestra opinión, solo si la comunidad ha aprobado el presupuesto podría el administrador ejecutar el mismo.

Dice así el art.20.d) LPH -[EDL 1960/55](#)- que es función del administrador “Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes”.

Ahora bien, si ese presupuesto debe ser antes firmado el administrador no puede sustituir la firma del presidente, dado que la representación la ostenta el presidente conforme al art.13 LPH -[EDL 1960/55](#)-.

En nuestra opinión, si el presidente no está de acuerdo con el presupuesto no quiere que se ejecute deberá comunicarlo expresamente por el escrito al administrador y convocar una nueva junta donde se trata el asunto del presupuesto.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Inexistencia de obligación de repartir lo obtenido por la venta de la vivienda del portero

-EDE 2018/606820-**Planteamiento**

En una comunidad se va a vender el piso de portero y así con el dinero obtenido realizar obras de accesibilidad. Los propietarios de las viviendas quieren que ese importe no se reparta y se aplique a las obras de accesibilidad. Los locales en cambio prefieren que se reparta y posteriormente se calcule la derrama de cada uno a aportar en las obras. ¿Sería legal un acuerdo estableciendo que no se reparta? ¿Qué mayoría se necesita para aprobarlo?

Respuesta

Según se indica en una comunidad se va a vender el piso de portero para hacer con el importe recaudado obras de accesibilidad. Los propietarios de las viviendas quieren que ese importe no se reparta y se aplique a las obras de accesibilidad. En cambio, los locales en cambio prefieren que se reparta y posteriormente se calcule la derrama de cada uno a aportar en las obras.

La comunidad es libre de dar el destino que considere oportuno a los importes que obtiene tras la recaudación por la venta, sin que esté obligada a repartir entre los propietarios lo recibido.

En ningún precepto legal se contempla el derecho del copropietario a que le sea restituido el saldo contable favorable que pudiera tener con la comunidad, como tampoco el importe recibido como ingreso de una operación sobre un elemento común. Por lo tanto esta no se ve obligada a devolver esas cantidades en tanto que se trata de provisiones, que pueden ser de futuro, de las que únicamente se podrá disponer mediante acuerdos de la junta de propietarios que decidan repartir esos saldos entre los copropietarios.

Debe tenerse en cuenta que los saldos/fondos/ingresos de la comunidad son elementos comunes de esta y solo mediante acuerdo comunitario podrán repartirse, por lo que la junta de propietarios es la única legitimada para decidir sobre el destino a dar a tales fondos, sin que exista un derecho a exigir el reparto de los mismos por la no realización de las obras. En este sentido debe considerarse que se trata de unos fondos afectos a la comunidad con los que esta puede decidir realizar obras necesarias o de accesibilidad universal (supresión de barreras) o mejoras en el momento en que así se decida, por lo que el hecho de que esta cantidad no se haya ingresado o utilizado todavía no supone que no se vaya a emplear en el futuro.

Tampoco se contempla en ningún precepto legal que la junta de propietarios tenga obligación de realizar liquidaciones individuales, sino únicamente la de reunirse una vez al año y aprobar las cuentas y presupuestos anuales, (art.16 LPH -EDL 1960/55-), momento este en el que podrán hacerse las liquidaciones anuales y acordar la devolución del saldo positivo al titular del piso o local, lo que es bastante raro y excepcional, nunca una regla general.

Dicho importe pasa a formar parte de fondos de la comunidad de manera que la única limitación a su disposición es que se atienda a los gastos generales de la comunidad.

Por tanto, es perfectamente ajustado a derecho y, por tanto, legal que no se reparta, en el uso de la competencia que tiene la junta de propietarios en el marco del art.14 LPH -EDL 1960/55-. Así sería legal un acuerdo en este sentido, y para que no se reparta basta con que la mayoría ordinaria de los propietarios que a su vez represente la mayoría de las cuotas de participación esté de acuerdo, conforme al art.17.7 LPH.