

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013 (5067/2013)**

**Ley de Propiedad Horizontal.
Los límites al uso de los elementos privativos
deben ser expresos y deben constar inscritos
en el Registro de la Propiedad para afectar a terceros.
Los requisitos impuestos por la normativa urbanística**

Comentario a cargo de:
M^o Belén Merino Espinar
Registrador de la Propiedad

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013**

ID CENDOJ: 28079119912013100025

PONENTE: *EXCMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS*

Asunto: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Análisis y comentario. 5.2. Naturaleza del derecho de propiedad sobre los elementos privativos de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal. 5.3. Limitaciones a ese derecho de propiedad en el ejercicio del pleno disfrute que corresponde sobre los elementos privativos de una propiedad horizontal, a su titular. El supuesto de Cambio de destino: 5.3.1. Prohibición estatutaria al cambio de uso o destino. 5.3.2. Disposición general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que resulte conculcada por dicho cambio de destino. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Por el propietario de un elemento privativo identificado como Oficina 2 de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal de la ciudad de Berja, se procedió a su acondicionamiento y destino como vivienda.

En el supuesto debatido, el título constitutivo de dicha Propiedad Horizontal no contiene prohibición de que los propietarios de las oficinas de las plantas primera y segunda no pudieran dedicar las mismas a otra actividad distinta de la originariamente expresada de forma general como de “oficinas”.

La comunidad de propietarios interpuso acción de cesación derivada de la ley de propiedad horizontal suplicando se ordene a la titular de dicho inmueble abstenerse de seguir utilizando la oficina interesada en autos como vivienda.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En primera instancia el Juzgado 1 de Berja dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2009 en autos 272/2007, estimando la demanda planteada por la Comunidad ordenando a la demandada abstenerse de utilizar la Oficina en litigio como vivienda, considerando que la demandada había llevado a cabo un cambio de uso no permitido en el título constitutivo.

3. Soluciones dadas en apelación

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2010 en autos 241/2009, estimando el recurso de apelación, revocando la resolución recaída en primera instancia, desestimando la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios del edificio.

Fundamenta la Audiencia su resolución en:

- la ausencia de prohibición expresa en los estatutos de la comunidad de propietarios a que los elementos privativos de las plantas 1ª y 2ª del inmueble puedan dedicarse a actividad distinta de la originariamente expresada de forma general como de “oficinas”.
- no haber quedado probado que el cambio de destino producido afecte a la estructura del edificio o comprometa elementos comunes,

— ni haberse acreditado tampoco que la transformación del mismo en vivienda exija en este caso mayor participación en gastos comunes.

4. Los motivos de casación alegados

Por la Comunidad de Propietarios demandante se interpuso recurso de casación, en interés casacional, basado en un motivo único: infracción del art. 348 C. Civil en virtud del cual la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las impuestas por las leyes entendiéndose que la sentencia recurrida se opone a una inveterada y constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Alega la parte recurrente que el derecho de propiedad no solo está sujeto a las restricciones del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal sino también a las “limitaciones y prohibiciones expresamente contenidas en las leyes”. Añadió que existe una prohibición legal de cambio de destino de oficina a vivienda en las normas subsidiarias de planeamiento del municipio de Berja, informando el técnico municipal que el uso para vivienda no era compatible con lo contenido en la licencia de primera ocupación y en la licencia de obras. Y que no se podría legalizar el uso de vivienda.

Invoca la jurisprudencia sentada en tres sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2006 (rec. 1374/2009), la de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3788/2000) y la de 20 de octubre de 2008 (rec. 3106/2002).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios y confirma la sentencia de la Audiencia recurrida.

En los fundamentos de derecho el Tribunal desestima los argumentos del recurrente, en especial las sentencias previas reseñadas de esta misma Sala, ya que en todas ellas o bien se permitió el cambio de uso cuestionado o si se desestimó el mismo lo fue por haber quedado demostrado que conllevaba cambios estructurales o en los elementos comunes del inmueble, o por haber quedado probado que el cambio acarrearía perjuicio o molestia valorable para el resto de los copropietarios, reiterando todas ellas que lo relativo a las licencias administrativas que resultaran pertinentes era cuestión ajena a la normativa de la propiedad horizontal que debía servir de fundamento.

Reitera el Tribunal su casi unánime doctrina de los últimos años al considerar que la mera descripción del inmueble en la escritura de constitución de Propiedad Horizontal como local, vivienda u otros, no supone una limitación

del uso o de las facultades dominicales. Condiciona el Tribunal la eficacia de una prohibición de esa naturaleza a la existencia de una estipulación clara y precisa que así la establezca. (*STS 30 de diciembre de 2010 rec.81/2007, de 23 de febrero de 2006 rec. 1374/1999, de 20 de octubre de 2008 rec. 3106/2002*).

Los propietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso 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.

La descripción del inmueble como local no le priva al propietario de la posterior posibilidad de destinarlo a vivienda, dado que no consta la prohibición expresa en el título constitutivo o en los estatutos que así lo acredite.

Partiendo de lo declarado en la sentencia recurrida, entiende el Tribunal que el cambio de uso cuestionado no afecta a la estructura del edificio, no compromete elementos comunes, y no supone una actividad peligrosa o incomoda.

En cuanto a la alegación del recurrente de que las normas subsidiarias de planeamiento del Ayuntamiento de Berja impiden la conversión de un local en vivienda, reitera igualmente el Tribunal la doctrina jurisprudencial de entender que lo relativo a las licencias administrativas que pudieran resultar pertinentes es cuestión ajena a la normativa de la propiedad horizontal, precisando que el mero informe emitido por uno de los técnicos municipales no es concluyente ya que no constituye un acto administrativo y está supeditado a la potestad de la Administración urbanística correspondiente.

Reprocha el Tribunal a la Comunidad el intentar suplir su pasividad al no instar la actuación de la Corporación municipal, con sentencia favorable obtenida en esta sede jurisdiccional.

5.1. Análisis y comentario

Dos son los aspectos relevantes en la fundamentación y fallo de la sentencia comentada:

- el concepto y extensión del derecho de propiedad en el ámbito de la Propiedad Horizontal
- las limitaciones estatutarias y legales impuestas al mismo.

5.2. Naturaleza del derecho de propiedad sobre los elementos privativos de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal

De conformidad art 3 de la ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 en su redacción vigente al tiempo de la sentencia comentada

“En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde a cada piso o local:

- a) *El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.*
- b) *La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.*

A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley.

Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad.” (redactado por el número dos de la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas («B.O.E.» 27 junio). Vigencia: 28 junio 2013.

El derecho de propiedad sobre los elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal puede definirse siguiendo a Fuente Lojo como el derecho singular y exclusivo de propiedad que una persona o grupo de personas posee sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidas dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, y los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado, así como sobre aquellos elementos, pertenencias y servicios comunes que ha de disfrutar en unión de los demás propietarios.

El alto Tribunal reitera en esta sentencia el carácter pleno del derecho de propiedad singular y exclusivo que recae sobre cada elemento privativo a favor de su titular, partiendo del concepto de propiedad del art.348 Cc., como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El derecho a la propiedad privada, es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución Española, concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente.

El propietario de todo elemento privativo de una propiedad horizontal tiene plenas facultades de disfrute y disposición de su propiedad debidamen-

te configurada. Cualquier limitación al pleno ejercicio de sus facultades debe estar establecida por ley y ser objeto, como cualquier disposición prohibitiva o limitativa de derechos, de una interpretación restrictiva.

En sede de propiedad horizontal, esta afirmación general tiene una extensión y contenido propios derivados de la especial configuración de la misma que exige conciliar los intereses individuales de cada propietario y los intereses colectivos derivados de los servicios y espacios comunes que comparten, y está sometida a límites legales y convencionales, de ahí que gran parte de la normativa de propiedad horizontal tenga carácter imperativo y deba ser objeto de cumplimiento como limitación impuesta por la ley a las facultades de pleno disfrute y disposición del derecho de propiedad individual sobre cada uno de los elementos privativos, y se permita la inclusión de prohibiciones o limitaciones convencionales con eficacia real frente a terceros, no admisibles en otros regímenes de propiedad.

5.3. Limitaciones a ese derecho de propiedad en el ejercicio del pleno disfrute que corresponde sobre los elementos privativos de una propiedad horizontal, a su titular. El supuesto de Cambio de destino

La evolución jurisprudencial y doctrinal sobre este aspecto ha sido coherente con los cambios legislativos de la regulación de la propiedad de las casas por pisos a lo largo del tiempo.

El Código civil de 1889 no reguló de manera precisa la propiedad de las casas por pisos. A juicio de Bercovitz Alvarez el art. 396 en su versión inicial si bien admite la existencia de una casa dividida por pisos no aclaraba si cada piso era objeto de un derecho independiente y exclusivo de propiedad, configurándola jurisprudencialmente como una copropiedad con división de uso pactada entre los comuneros (SSTS de 14 de junio de 1895, 11 de noviembre de 1927, 9 de noviembre de 1931 y resoluciones de la DGRyN de 21 de junio de 1917, 4 de noviembre de 1925 y 14 de diciembre de 1935 que partían de una propiedad única sobre todo el edificio y por ello existía indivisibilidad hipotecaria de toda la finca urbana). No hay regulación sobre las facultades individuales y colectivas de sus titulares,

La evolución legislativa nos lleva a la reforma del Código civil de 1939 con una nueva redacción del art. 396 en el que ya sí hay una configuración como propiedad especial, en cuyo apartado 7º establecía que: *“Ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura del piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados”*.

Existía pues en un primer momento una norma imperativa restrictiva a la libertad del propietario al cambio de destino de su piso o local sin acuerdo mayoritario de los otros propietarios. Subyace latente en esta limitación, la condición de comunidad o copropiedad que absorbe o limita las facultades individuales de los propietarios sobre sus elementos privativos.

La ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad modificó esencialmente la regulación en su art 7 primer párrafo al establecer que: *“El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.”*

En el momento actual la regla general se encuentra en el art. 7.1 de la ley de Propiedad Horizontal:

“1. El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

2. Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas... (Artículo 7 redactado por Ley 8/1999, 6 abril («B.O.E.» 8 abril), de Reforma de la Ley 49/1960, 21 julio, sobre Propiedad Horizontal.)

Resulta relevante esta pequeña introducción para entender la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina de la DGRyN desde posiciones iniciales reticentes a la hora de admitir cambios o modificaciones en los elementos privativos, sus descripciones y destinos, por entenderlas sujetas a la necesidad de acuerdo de la Comunidad al afectar al título constitutivo o normas de imperativo cumplimiento, hasta la posición actual mucho más integradora de las facultades individuales, amparada por la nueva normativa a partir de la ley de 1960 y sus posteriores modificaciones, en especial la reforma de 1999.

Del tenor literal de este artículo cabe concluir que el propietario de todo elemento privativo de una propiedad horizontal ostenta entre las facultades inherentes a su derecho la de decidir y disponer el destino o uso de su propiedad y proceder a la obras interiores de acondicionamiento y diseño que resulten necesarias para ello, sujeta a las siguientes limitaciones:

— en cuanto a la actividad, uso o destino elegido, que: 1.- no se trate de un uso o destino prohibido por estatutos 2.- no se trate de una actividad dañosa para la finca 3.- no se trate de una actividad que contravenga disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

— en cuanto a las obras interiores, que: 1.- no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores 2.- ni perjudiquen los derechos de otro propietario.

Dos de estas limitaciones constituyen el fondo sobre el que versa la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada:

— la existencia o no de prohibición estatutaria para el cambio de destino de local a vivienda,

— la existencia de disposición general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que pudiera resultar conculcada por dicho cambio de destino.

5.3.1. Prohibición estatutaria al cambio de uso o destino

El primero de los límites que este artículo impone a todo propietario a la hora de acometer un cambio de uso o destino en su piso o local, y las obras de acondicionamiento de ello derivadas, es que *el cambio de uso o destino no esté prohibido por estatutos*.

El artículo 5-3 de la LPH permite que el título constitutivo de la propiedad horizontal desde su origen o con posterioridad contenga reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

Estas prohibiciones estatutarias son consideradas por Alvarez Olalla, Pilar, como verdaderas obligaciones “propter rem” de corte negativo, es decir, suponen una “obligación de no hacer” que deriva o viene determinada por la previa titularidad de un derecho real. Carácter que se termina de consolidar con la inscripción en el Registro de la Propiedad de los estatutos que las contienen, pues de este modo resultan oponibles a todo ulterior adquirente de derechos sobre el inmueble.

También en este punto concreto resulta relevante la pequeña introducción de los antecedentes legislativos que hace Alvarez Olalla, Pilar, y que recojo a continuación, para entender la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina de la DGRyN.

Si nos remontamos a la anterior regulación de esta materia en el artículo 7-3 en la ley de 1960 antes de la reforma de 1999, el precepto prohibía a los propietarios la realización de actividades *no permitidas* en estatutos, con una redacción nada afortunada, causa de importantes discrepancias de interpretación entre la doctrina especializada del momento, originando una jurisprudencia vacilante e

incluso contradictoria a lo largo del tiempo hasta la reforma de la LPH de 1999, sobre dos de las cuestiones de fondo de la sentencia que comentamos:

La primera de las cuestiones de dudosa interpretación era la de determinar si la actividad o destino conforme o admitido por la legislación de Propiedad Horizontal era aquél que no estaba expresamente prohibido, o el que estaba expresamente permitido en el título constitutivo o estatutos.

El TS en sentencia de 5 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1577) entre otras, amparó el criterio según el cual era necesario que la actividad estuviera expresamente prohibida para ser una actividad o permitida, al establecer que *“el cambio de destino de vivienda a local de negocio es admisible al no haber prohibición expresa en los estatutos, al no existir estos”*.

Por el contrario el propio Tribunal hizo suyo el criterio contrario entre otras en sentencia del TS como la de 2 de junio de 1970 (RJ 1970, 2785) y de 13 de junio de 1967 (RJ 1967, 2990), sentencia esta última en la que el Tribunal afirma *“la validez del acuerdo de la Junta denegando autorización para destinar un piso a consulta médica ya que esta actividad no estaba autorizada en los estatutos”*.

La segunda de estas cuestiones de dudosa interpretación era determinar qué eficacia o valor dar a estos efectos, al destino meramente incidental o descriptivo que pudieran contener los estatutos respecto de los elementos privativos que componían el inmuebles. ¿El hecho de que al tiempo de describir cada uno de los elementos privativos de una propiedad horizontal en su título constitutivo, estos estén identificados como viviendas, locales, oficinas..., conlleva la existencia de una determinación vinculante del uso o destino de los mismos, establecida en el título constitutivo, que suponga limitación estatutaria expresa a su posible cambio o modificación?

La respuesta que dio la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN en este punto tampoco fue uniforme a lo largo de los primeros años de vigencia de la legislación especial en materia de propiedad horizontal.

El Tribunal Supremo entre otras en sentencia de 28 de abril de 1978 (RJ 1978, 1461) y posteriormente en sentencia de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8898), y la Dirección General de Registros y del Notariado en resolución de 25 de septiembre de 1991 mantuvieron una posición favorable a que la mera indicación estatutaria del destino o uso de los elementos privativos resultaba vinculante y por lo tanto cualquier cambio o modificación de éste estaba sujeto al acuerdo de la Comunidad con los requisitos exigidos para la modificación de su título constitutivo.

En sentido contrario encontramos también importantes pronunciamientos reiterados. Baste citar las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989, 672), de 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1666) y de 17 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9104), y las resoluciones de la DGRyN de 12 de diciembre de 1986, 20 de febrero de 1989 y 23 de marzo de 1998.

Los posteriores cambios legislativos en materia de propiedad horizontal, y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGRyN vienen a dar solución a ambas cuestiones:

— en cuanto al cambio de vivienda en local el RD ley 2/1995 de 30 de abril expresamente en su artículo 8 permite la transformación de viviendas en locales de negocio a favor de propietarios y arrendatarios de viviendas salvo disposición contraria en los estatutos y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7-3 LPH.

— en cuanto al cambio de local en vivienda la doctrina de la DGRyN a partir de la resolución de 23 de marzo de 1998 que, con la limitación de la obtención de la correspondiente licencia, permitió la inscripción del cambio de destino de un local en vivienda sin el acuerdo de la Junta de Propietarios autorizándolo,

— y de manera definitiva, la modificación de la LPH en 1999 que sustituye la redacción desafortunada del antiguo art. 7-3 por la mucho más clara y definitiva del actual art. 7-2 estableciendo que a los propietarios de elementos privativos no les está permitido desarrollar actividades prohibidas en los estatutos.

A partir de la modificación legislativa de 1999 la jurisprudencia del Tribunal Supremo es definitiva en el sentido de entender que partiendo de la idea general de que la propiedad se presume libre, maximizando las posibilidades de utilización de estos elementos, desiderátum de la propia exposición de Motivos de la ley de 1960, y consecuencia directa de la función social del derecho de propiedad, cualquier limitación estatutaria a esta libertad debe ser expresa y objeto de interpretación restrictiva, y ha de constar previamente inscrita en el Registro de la propiedad a fin de tener eficacia frente a terceros.

Entre otras citamos aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 (REC 1374/1999), 20 de octubre de 2008 (REC 3106/2002), 30 de diciembre de 2010 (REC 81/2007), de 24 de octubre de 2011 (REC 527/2008).

Si no existe prohibición estatutaria expresa para el cambio de uso tampoco la hay para la realización de las obras de acondicionamiento y diseño internas que resulten necesarias, sin la aprobación de la Junta de propietarios, siempre que las mismas no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudiquen los derechos de otro propietario.

En este aspecto, según la jurisprudencia del alto Tribunal la modificación de elementos comunes comprende tanto la modificación de los elementos comunes físicos arquitectónicos ya sean estructurales, de aspecto u ornamento, como también la modificación en el uso y extensión de los servicios comunes compartidos, como los suministros de luz, gas, agua, o cualesquiera otras que pudieran resultar comunes, y que supongan la necesidad de una modificación

en las cuotas de participación del inmueble. (STS de 15 de marzo de 2000 -RJ 2000, 1836 y de 22 de julio de 2009 -RJ 2009, 6488). exigiendo en estos casos, aun cuando se tratase de un uso no prohibido, el acuerdo de la Junta de propietarios.

En el supuesto de hecho analizado, no concurriendo alegación alguna por el recurrente de alguna de estas circunstancias limitadoras, la sentencia viene a confirmar su previa doctrina permitiendo el cambio de destino o actividad siempre que no existiera prohibición expresa en el título constitutivo o estatutos; prohibición o limitación que deberá ser siempre objeto de interpretación restrictiva en cuanto limitadora de las facultades plenas del derecho que ostenta el propietario sobre dicho piso o local.

Coincide la doctrina de la DGRyN en este criterio jurisprudencial entre otras en resoluciones de 23 de marzo de 1998, 13 de noviembre de 2013, 15 de julio de 2013, y muy recientemente en resolución de 20 de marzo de 2015.

5.3.2. Existencia de disposición general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que pudiera resultar conculcada por dicho cambio de destino

La primera cuestión es determinar cuál es el concepto y extensión de actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosa e ilícita, y cuáles son las disposiciones generales que regulan esta materia, que pueden resultar conculcadas.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia recurría a los conceptos y definiciones comprendidos en el Reglamento de industrias molestas insalubres nocivas y peligrosas aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961.

Dicho Reglamento quedó formalmente derogado por la Disposición derogatoria única de la ley 34/2007 de 15 de noviembre de calidad del aire y protección de la atmosfera. Sin embargo, al establecer la propia disposición derogatoria en su apartado segundo el mantenimiento de su vigencia en aquellas Comunidades y Ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto se dicte dicha normativa; su contenido puede seguir siendo relevante a la hora de enjuiciar los casos concretos en los que pueda resultar aplicable el art. 7-2LPH, en orden a dar un concepto de partida de qué entender por actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas en el que pudiera incardinarse el supuesto debatido.

En el caso de la sentencia comentada no hay alegación por parte del recurrente, ni pronunciamiento de la Sala respecto a que el nuevo uso suponga actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa, pero si alegaciones del recurrente que califica el nuevo destino de **ilícito, por contravenir las normas urbanísticas del Municipio de Berja.**

La actual regulación del art 7-2 LPH por la ley 8/1999, mantiene los calificativos de peligrosas e insalubres, sustituye el término incómodas por el de molestas con un contenido en principio análogo, prescinde del término “inmoral” e introduce el término o calificativo de “ilícita”, concepto jurídico que no puede sin más entenderse sustituto del anterior “inmoral”, por tener una extensión propia mucho más delimitada por el conjunto del ordenamiento jurídico, y que supone la vulneración de normativa que resulte aplicable ya sea estatal, autonómica o municipal, de cualquier orden civil, administrativo o penal, y no solo una mera reprobación moral subjetiva.

Con anterioridad a esta reforma y al amparo del tenor literal del original art. 7 de la LPH de 1960 tanto la doctrina como la jurisprudencia entendían que el hecho de que la nueva actividad propuesta estuviera recogida en alguno de dichos conceptos legales, debía considerarse como un indicio a valorar, pero no determinante en sí mismo de la aplicación de dicha limitación, tanto a favor como en contra de su admisibilidad, al tratarse de conceptos imprecisos que exigen en todo caso la valoración de juez del resto de incidencias y consecuencias del caso debatido, sus límites e intensidad.

Tras la reforma de 1999 del tenor literal del art. 7-2 LPH, este margen de valoración jurisdiccional atendiendo a las características y circunstancias del caso, se ve restringido, ya que una aplicación literal de dicho artículo parece que nos lleva a entender que solo es actividad no permitida aquella que conculque cualquier disposición general de las que regulan su establecimiento. Con la posible consecuencia de que de no existir en los estatutos limitación expresa al cambio de uso o destino de sus elementos privativos, la Comunidad se vería obligada a soportar cualquier nuevo uso o destino propuesto siempre que se acredite el cumplimiento de la normativa vigente con la obtención de la pertinente autorización o licencia administrativa, y ello aunque las consecuencias de dicho cambio pudieran ser valoradas objetivamente como molestas, nocivas o peligrosas. Y que en sentido contrario cualquier nueva actividad para la que no se acredite licencia administrativa podría ser cuestionada en vía civil por la Comunidad de propietarios como ilícita.

No debe ser ésta la interpretación a seguir puesto que la regulación administrativa y civil concurrentes sobre el derecho de propiedad de los elementos privativos de una propiedad horizontal, son paralela y simultáneamente aplicables pero afectan a relaciones jurídicas distintas del propietario con la Administración competente en defensa de los intereses públicos generales, en el primer supuesto; y del propietario con el resto de los copropietarios del inmueble, en el segundo supuesto, en defensa de las especiales relaciones de vecindad que resultan de la específica configuración de la comunidad de uso y destino que conlleva la propiedad horizontal; y deben ser objeto de controversia en jurisdicciones diferentes.

En el ámbito civil debe defenderse un margen suficiente a la autoridad judicial para que determine o no la procedencia de la sanción en función de

las circunstancias particulares del caso y en función del efectivo trastorno de la convivencia en la comunidad que la nueva actividad origine, en el ámbito civil de las relaciones vecinales cuestionadas, sin que la acreditación o no de un posible ilícito administrativo sea determinante por sí solo de su resolución, pero la infracción de la normativa urbanística aplicable no puede resultar irrelevante para la resolución.

En la sentencia comentada el Tribunal partiendo de la concurrencia de las normativas civil y urbanística aplicables, falla en contra de la comunidad recurrente, resolviendo en base a los hechos acreditados la inexistencia de infracción de norma legal alguna en lo relativo al régimen de propiedad horizontal, en el ámbito de la jurisdicción civil que le es propia.

Reitera así su doctrina previa en sentencia de 23 de febrero de 2006 (REC 1374/1999), reiterada en la sentencia de 20 de septiembre de 2007 (REC 3788/2000) según las cuales la valoración del cambio de uso cuestionado no excluye “... *que los pisos o locales reúnan las correspondientes condiciones técnicas y de la obtención de la licencia administrativa, que constituye una cuestión ajena a la Comunidad y no le vincula, ya que el permiso de los organismos oficiales no incide, a favor o en contra, de los acuerdos autónomos e independientes de índole civil, adoptados por la Junta de Propietarios.*”

En el caso concreto de la sentencia comentada, el Tribunal fundamenta su decisión en que no consta acreditado el ilícito administrativo alegado por el recurrente, puesto que el mero informe del técnico municipal presentado no es acto administrativo alguno de la administración local competente, y recrimina a la Comunidad que no haya actuado diligentemente ante la Corporación municipal, denunciando dicha ilegalidad y obteniendo el preceptivo acto administrativo determinante de la ilegalidad cometida y de la sanción pertinente, ante la autoridad competente y en el ámbito de la jurisdicción que resulta aplicable.

A pesar del tenor literal de los fundamentos y fallo de la sentencia comentada, no debe caerse en la interpretación simple de que la normativa urbanística no resulta de aplicación a la cuestión, aunque deba ser alegada ante la autoridad competente y en el ámbito de jurisdicción que le es propia.

En nuestro ordenamiento el derecho de propiedad sobre el suelo y edificaciones se ve matizado en su contenido civil omnicompreensivo del art 348 Cc. por la normativa urbanística, que califica su régimen con carácter de estatutario como resultado de su vinculación a concretos destinos en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, y establece que la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que correspon-

da, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, tal y como establece el art 11 del TR de la ley de Suelo aprobado por RD 7/2015 de 30 de octubre, con el mismo contenido que en el texto legal anterior art 7 del TR anterior aprobado por RD2/2008.

La legalidad urbanística de los usos o destinos propuestos no puede resultar irrelevante a la hora de enjuiciar el supuesto concreto. ¿Cuál hubiera sido el fallo de la sentencia si en lugar de aportar mero informe de técnico competente, la Comunidad hubiera aportado acto administrativo firme o sentencia firme dictada por Juzgado o Tribunal con jurisdicción competente declarando la ilegalidad del nuevo uso propuesto?

A falta de pronunciamiento expreso del Tribunal, la legalidad urbanística del cambio de uso o destino cuestionado resulta relevante en todo caso para que dicho cambio de uso o destino produzca plenos efectos, y partiendo de reconocer el carácter estatutario imperativo que la normativa urbanística tiene en el contenido y extensión del derecho de propiedad sobre suelo y edificaciones incluyendo obviamente los elementos privativos de cualquier inmueble en régimen de propiedad horizontal, la acreditación suficiente de su ilegalidad debe constituir causa de cese del mismo, en el ámbito y jurisdicción que corresponda, y también al amparo del art 7-2 LPH una vez acredita su condición de ilícito urbanístico,

Desde el punto de vista registral esto es así desde el momento en que la acreditación de la preceptiva autorización o licencia urbanística que ampare dicho es requisito imprescindible para que el mismo se consolide y produzca todos sus efectos frente a terceros mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tras la reforma introducida en la ley de Suelo estatal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas que dio nueva regulación al contenido del art 17 del entonces vigente TR ley del suelo de 2008, hoy art. 25 del vigente TR ley de suelo de 2015, se ha sometido a previa autorización administrativa la constitución y modificación de todo complejo inmobiliario privado, definiendo el mismo como todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos sujetos a una titularidad exclusiva y elementos comunes, cuya titularidad corresponda con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos, salvo que el número y características de los elementos privativos resultantes del mismo sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integran aquel, o cuando su modificación no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

En aplicación de la distribución de competencias que en materia de urbanismo debe respetarse entre el Estado y las Comunidades Autónomas partiendo del texto constitucional y de la trascendental sentencia del Tribunal Consti-

tucional 61/1997 de 20 de marzo, corresponde a las Comunidades Autónomas determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos; correspondiendo al Estado fijar en qué casos debe acreditar el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro.

Sin entrar a valorar la oportunidad o no de la norma estatal referida, incluso sin esta norma de ámbito nacional, la mayoría de las normativas urbanísticas autonómicas incluyen normas de las que puede resultar preceptiva la obtención de la previa licencia para el cambio de destino de un elemento privativo de una propiedad horizontal. En este sentido la norma autonómica más clara y determinante es la catalana en los artículos 187-2 y 218 del Decreto legislativo 1/2010 de 3 de agosto por el que se aprueba el TR de la ley de Urbanismo de la Comunidad de Cataluña; pero aun sin un pronunciamiento tan determinante, en casi todas las normativas urbanísticas autonómicas se establece la necesidad de licencia para el cambio de uso o destino de los inmuebles. A modo de ejemplo tenemos que citar el art 151 de la ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, ley 9/2001 de 17 de julio; los artículos 228 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias y 564 del Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, que aprobó su Reglamento de desarrollo, el art 169-e de la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, entre otros.

La inscripción en el Registro de la propiedad del nuevo destino del elemento privativo en cuanto implique modificación de su calificación urbanística previamente inscrita en base a la licencia de obras que autorizó la inscripción del edificio y requiera de licencia previa conforme a la normativa urbanística sustantiva aplicable, exigirá la acreditación de dicha licencia o autorización previa. Solo mediante la inscripción en el Registro dicho cambio de uso producirá efectos frente a terceros y podrá ser objeto de publicidad registral. Así se desprende de la doctrina de la DGRyN entre otras en resoluciones de 19 de febrero de 2005, 23 de julio de 2005, 12 de julio de 2010, 27 de diciembre de 2010 y las más recientes de 11 de octubre de 2011, 13 de noviembre de 2013 y 20 de marzo de 2015.

Resulta especialmente reveladora, en cuanto a la necesidad de acreditar la previa licencia o autorización administrativa que resulte impuesta por la normativa urbanística sustantiva aplicable, para la inscripción en el Registro de los cambios de uso o destino previamente inscritos, **la resolución de 13 de noviembre de 2013**. En ella la Dirección después de justificar la necesidad de licencia para los supuestos de modificación en todo o parte del uso de un edificio, por resultar indubitado a la vista de lo dispuesto en los art 7 y 9 del TR ley de Suelo,

hoy art 11 y ss TR ley de suelo de 2015, que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido, entendiendo que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación, o autorización semejante... Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, en la inscripción de una edificación debe reflejarse si en el proyecto aprobado se especifica el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente, art 45 RD 1093/97. De este modo se refleja en la inscripción correspondiente el conjunto de usos específicos de entre los permitidos a que está destinado el edificio cuya obra nueva se declara. Verificada la inscripción con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas como alteración de la descripción de la obra nueva inscrita.

Justificada así la necesidad de licencia urbanística para los actos de cambio de uso o destino cuando así resulte impuesto por la normativa urbanística sustantiva territorialmente aplicable, la Dirección General va mas allá y da solución también a una de las cuestiones más debatidas entre los operadores jurídicos implicados. Y es la posibilidad de inscribir tales cambios de uso o destino, en cuanto modificación de la obra nueva y división horizontal previamente inscritas sin licencia cuando se acrediten las circunstancias del entonces vigente art 20-4 TR ley de Suelo de 008, hoy art. 28-4 del TR vigente de la ley de Suelo de 2015, y art 52 a) del Real Decreto 1093/97 de 4 de julio; esto es cuando se acredite, por alguno de los medios establecidos en el mismo artículo, el transcurso del plazo que haga imposible adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

Esta posibilidad había sido cuestionada dada la dificultad de apreciar la prescripción en estos casos de uso continuado, puesto que en materia urbanística el cómputo del plazo de prescripción de las infracciones continuadas en el tiempo no empieza hasta el día en que ha cesado la actividad ilícita. A modo de ejemplo, así lo sanciona expresamente el art 237 de la ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

La Dirección General a pesar de ello admite la posibilidad de inscribir sin licencia en estos supuestos reconociendo que ciertamente el Registro reflejara un uso posiblemente contrario a las previsiones urbanísticas, circunstancia esta por la que se ha de insistir en que las inscripciones llevadas a cabo de

conformidad con lo previsto en este artículo no puede exigirse la acreditación de una licencia de ocupación que el precepto no contempla y sin perjuicio de que el uso continuado contrario al ordenamiento sea sancionable en su caso, por vía de disciplina urbanística. Siendo la inscripción de la obra nueva y de su modificación un reflejo registral de un hecho, insiste la Dirección General que se cumple así la vocación de que el Registro refleje la realidad extra registral, en este caso el destino a un determinado uso, lícito o no, y sin perjuicio de las consecuencias urbanísticas que de ello pudieran derivarse en los términos previstos en el inciso final del mismo artículo 20 TR ley de suelo de 2008, hoy art. 28 del nuevo TR ley de Suelo de 2015; recordando la obligación del registrador de notificar la inscripción a la administración competente quien a la vista de lo actuado estará obligada a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la modificación que conlleva el cambio de uso o destino, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario. Teniendo en cuenta que la omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.

6. Bibliografía utilizada

- RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (coordinador) “Comentarios a la ley de Propiedad Horizontal”. Editorial Thomson/Aranzadi.
- JUAN VENTURA FUENTES LOJO y ALEJANDRO FUENTES-LOJO LASTRES “Comentarios a la ley Estatal de Propiedad horizontal”. Bosch Editor.
- DANIEL LOSCERTALES FUERTES “Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios”. Editorial Sepin.
- ANA DIEZ MARTINEZ “Algunas cuestiones de interés en la reciente doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado en materia de propiedad horizontal” publicado en la Revista Doctrinal Aranzadi n^o 2/2014.
- M^a CARMEN GONZALEZ CARRASCO “Propiedad Horizontal: El propietario puede convertir su local en vivienda si reúne las condiciones de Habitabilidad” (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2014) Publicado por el Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha 2015.
- JUAN JOSE COBO PLANAS “Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de las prohibiciones estatutarias a que hace referencia el art 7 de la ley de Propiedad Horizontal” Revista Sepin/Septiembre 2002.