



Roj: **SAP C 563/2018 - ECLI: ES:APC:2018:563**

Id Cendoj: **15030370032018100129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **13/04/2018**

Nº de Recurso: **475/2017**

Nº de Resolución: **138/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00138/2018

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

N.I.G. 15030 42 1 2015 0014675

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000475 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 12 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000924 /2015

Recurrente: D. Pascual

Procurador: D^a. MARIA FARA AGUIAR BOUDIN

Abogado: D. PASTOR MANUEL VILLAR VARELA

Recurrido: COMUN. PROP. C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 , DIRECCION001 NUM002 Y
DIRECCION002 NUM003

Procurador: D^a. INES CONDE RODRIGUEZ

Abogado: D^a. MARIA DEL CARMEN MARTINEZ CAMPO

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00138/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María José Pérez Pena



Don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a 13 de abril de 2018.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el número **475-2017** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del **Juzgado de Primera Instancia número 12 de A Coruña**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 924-2015, siendo parte:

Como **apelante**, el demandado **DON Pascual**, mayor de edad, vecino de A Coruña, con domicilio en la calle DIRECCION002, NUM003 - NUM004 NUM005, provisto del documento nacional de identidad número NUM006, representado por la procuradora doña María-Fara Aguiar Boudín, y dirigido por el abogado don Pastor Villar Varela.

Como **apelada**, la demandante "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SEÑALADO CON LOS NÚMEROS NUM000 Y NUM001 DE LA CALLE DIRECCION000, NUM002 DE LA CALLE DIRECCION001, Y NUM003 DE LA CALLE DIRECCION002**", en propiedad horizontal, con número de identificación fiscal NUM007, representada por la procuradora doña Inés Conde Rodríguez, y dirigida por la abogada doña María del Carmen Martínez Campo.

Versa la apelación sobre cesación de actividades molestas y privación del uso de vivienda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 19 de junio de 2017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO: Que con estimación plena de la demanda interpuesta por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la finca sita en la calle DIRECCION000 número NUM000 - NUM001, DIRECCION001 n° NUM002 y DIRECCION002 n° NUM003, de A Coruña frente al demandado don Pascual, propietario al 50% y ocupante de la vivienda sita en la DIRECCION002 n° NUM003 en el piso NUM004 NUM005, debo declarar que el comportamiento desarrollado por el demandado descrito en la demanda y sostenido desde el años 2011, es una conducta nociva y molesta para la Comunidad, requiriéndole para que cese inmediatamente en los comportamientos descritos, acordando en todo caso la privación del derecho de uso de la citada vivienda por tiempo de tres años desde el día en que se haga efectiva su salida del domicilio, y con expresa imposición de las costas procesales causadas.**

Líbrese dos testimonios de esta resolución para su envío al Ministerio Fiscal y a los servicios sociales del Ayuntamiento de A Coruña, con el fin de que actúen de conformidad con sus correspondientes responsabilidades.

Modo de impugnación: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banesto en la cuenta de este expediente 4280 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerda, manda y firma, Eduardo Fernández-Cid Tremoya, Magistrado-Juez del Juzgado de 11 Instancia n° 12 de A Coruña» .



SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Pascual , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por la comunidad de propietarios escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 29 de septiembre de 2017, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 4 de octubre de 2017, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 5 de octubre de 2017, registrándose con el número 475-2017. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 20 de octubre de 2017 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña María-Fara Aguiar Boudín en nombre y representación de don Pascual , en calidad de apelante, para sostener el recurso así como la procuradora doña Inés Conde Rodríguez, en nombre y representación de "Comunidad de Propietarios del edificio señalado con los números NUM000 y NUM001 de la DIRECCION000 , NUM002 de la DIRECCION001 , y NUM003 de la DIRECCION002 ", en calidad de apelada. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 22 de enero de 2018 se señaló para votación y fallo el pasado día 10 de abril de 2018, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Don Pascual es propietario, en proindivisión y por iguales partes con otra persona, de la vivienda señalada con la letra NUM005 de la planta NUM004 de un edificio en propiedad horizontal, en esta ciudad.

2º.- Diversos ocupantes del edificio, principalmente de viviendas sitas en las plantas NUM008 , NUM004 y NUM009 del inmueble, se vienen quejando desde hace años que don Pascual tiene comportamientos hoscos con los vecinos, que son percibidos como amenazantes. Exponen que pone música a gran volumen tanto a horas intempestivas de la madrugada, como durante el día que genera ruidos como si fuese con aparatos electrónicos, que propaga a través de los conductos de ventilación de los baños que hace uso de un megáfono, golpes con martillos, portazos y similares habiendo llegado a derramar aceite por zonas comunes. También se quejan de que cuando marchan de casa, él también sale y llama al ascensor, reteniéndolo a fin de que no puedan usarlo. Manifiestan tener miedo, especialmente las mujeres y han llegado a bajar al portal a buscar a sus hijas menores de edad para evitar que suban solas, por si se encuentran con él. Igualmente se manifiestan quejas porque causa daños en elementos comunes.

Esta situación fue reiteradamente tratada en las juntas anuales celebradas en 14 de abril de 2011, 8 de mayo de 2012, 27 de mayo de 2013, 28 de mayo de 2014 y 11 de mayo de 2015. En la última junta se produjeron escenas de tensión e intervenciones que se califican de vehementes, acaloramiento, y "desesperación que tienen muchas familias", autorizándose al presidente a contratar abogados y procuradores para instar acciones judiciales y que cesen las molestias no negando don Pascual ser el autor, limitándose a indicar que responde a molestias que le causan otros vecinos.

Se llegó a instalar cámaras en zonas comunes para grabar quién causaba daños. Se afirmó que se formuló acusación contra don Pascual ante un Juzgado por daños, pero fue absuelto porque en la grabación no se veía bien. Se dice que una propietaria, ante la situación creada, optó por desalojar su vivienda, alquilando otra, hasta que por razones económicas tuvo que volver.

Consta que la Policía Local acudió al edificio en más de treinta ocasiones en los últimos años, resultando ya una actuación cansina.



3º.- En cumplimiento de lo acordado en la junta celebrada el 11 de mayo de 2015, se requirió por burofax a don Pascual para que cesase en las perturbaciones que causaba a los demás vecinos. No recogió el envío.

4º.- El 15 de septiembre de 2015 la comunidad de propietarios formuló demanda en procedimiento ordinario por razón de la materia contra don Pascual, ejercitando una acción del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, y se solicitaba que se declarase que la actividad realizada por el demandado era nociva y molesta para la comunidad, que se le requiriese para que cesase en el ejercicio de la misma, y que se acordase la privación del derecho de uso del inmueble por el tiempo de tres años.

5º.- El demandado se opuso alegando que no padecía ningún tipo de enfermedad psíquica, que él también formuló quejas por el ruido, no logra comprender la animadversión que genera, ha sufrido daños en su vehículo, le han sustraído el felpudo y le han arrojado huevos. No existían las actividades insalubres, molestas o peligrosas que menciona el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Terminó solicitando la desestimación de la demanda.

6º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que se afirma que «ningún problema se ha planteado por la representación del demandado en relación con el requerimiento previo al ejercicio de la acción de cesación», considerando probado la existencia de tensión vecinal por el comportamiento antisocial del demandado, que hubo serias advertencias previas, por lo que estima íntegramente la demanda, acordando requerir a don Pascual para que cese en su comportamiento, privándole del uso de la vivienda por tiempo de tres años, con costas. Además, acordó remitir copia de la sentencia al Ministerio Fiscal y a los Servicios Sociales «con el fin de que actúen de conformidad con sus correspondientes responsabilidades». Pronunciamientos frente a los que este se alza.

TERCERO .- El requerimiento .- En el primer motivo del recurso de apelación interpuesto por don Pascual se alude a la falta de requerimiento como óbice procesal para la prosperabilidad de la demanda. Se expone que en la contestación a la demanda ya se dijo que se negaban punto por punto todos los hechos de la misma, y que no se probó que el requerimiento hubiese sido recibido por el apelante.

El motivo no puede ser estimado.

Es cierto que el párrafo segundo del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal norma que «El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes», y por el tenor del párrafo cuarto («Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor...») es obvio que es un requisito de procedibilidad. La demanda no debe admitirse a trámite si no se acompaña la acreditación de haberse practicado el requerimiento.

Pero la ausencia de requerimiento constituye una cuestión nueva, planteada por vez primera en la segunda instancia. El recurso de apelación, aunque permite al Tribunal examinar en su integridad el proceso, no es un nuevo juicio, limitándose a revisar lo actuado no pudiéndose resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la instancia, conforme al Principio General del Derecho "*pendente appellatione, nihil innovetur*" , a la naturaleza del recurso de apelación (que está claramente recogida en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al prescribir que el recurso ha de basarse en «*los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia*»), y al principio de preclusión (artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El recurso de apelación no es el momento hábil para proponer cuestiones no planteadas en la fase expositiva ante el Juzgado. Toda cuestión nueva debe ser rechazada sin más, pues entrar en esta segunda instancia en su examen supondría una transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al no haber sido objeto de debate en la instancia, lo que impide a la otra parte alegar sobre ella, y proponer en su caso la prueba que estime pues no es posible plantear con ocasión de un recurso tesis o problemas jurídicos que no fueron propuestos oportunamente en la instancia, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia [Ts. 578/2017, de 25 de octubre (Roj: STS 3751/2017, recurso 1085/2016), 7 de octubre de 2016 (Roj: STS 4288/2016, recurso 1627/2014), 15 de julio de 2016 (Roj: STS 3455/2016, recurso 1886/2014), entre otras].

No puede aceptarse que la mención en el hecho sexto de la contestación, «Niego el total contenido de la demanda, punto por punto y genéricamente, en cuanto se aparte o difiera del de esta contestación», pueda entenderse como que se estaba también oponiendo que el requerimiento no se había practicado, cuando en el resto de la contestación no se recoge mención alguna a esta cuestión. Tampoco en la audiencia previa se hizo referencia alguna máxime cuando se concretó que no había cuestiones procesales planteadas, y que el único objeto de discusión sobre el que iba a versar la prueba era la realidad de las molestias. Por lo que debe



considerarse que se está planteando la ejecución defectuosa del requerimiento como cuestión nueva, y por lo tanto debe rechazarse su planteamiento por extemporáneo.

A mayor abundamiento, debe indicarse que sí debe considerarse practicado el requerimiento, porque la obligación del remitente es intentar que llegue al destinatario, pero no entregarlo a ultranza cuando no existe una actitud receptiva por parte de quien debe recibirlo. El destinatario siempre puede realizar maniobras evasivas tendentes a impedir su recepción formal. El burofax remitido a la vivienda de don Pascual no fue recogido por causa que inicialmente debe imputarse a su libre decisión, no a un incumplimiento de Correos. Por lo que no podría estimarse el alegato.

CUARTO .- *La prueba de las molestias* .- En segundo lugar se alude a una errónea valoración de la prueba, porque no se tuvo en consideración que en muchos de los informes policiales consta que da un resultado negativo, de ausencia de ruido que los testigos corroboraron que no hubo amenazas por el demandado, y se valora un incidente en que dos vecinos dicen que el demandado esgrimió un cuchillo o se valoró la prueba testifical, sin tener en cuenta que son los demás propietarios del edificio, y por lo tanto son los promotores de la demanda.

El motivo no puede ser estimado.

Si bien es cierto que en muchas de las reseñas de actuaciones policiales consta que a la llegada de la patrulla no se percibía ruido en la casa, o que el vecino que llamó comunica que ya cesó el ruido, también lo es que su número refleja una situación patológica. No puede considerarse como normal que durante varios años se esté llamando con esa asiduidad a la Policía Local para quejarse de que la misma persona está generando ruidos que impiden a los demás copropietarios descansar y disfrutar de su intimidad. Y en otras actuaciones sí consta que los agentes constatan esas molestias, y se solucionan.

El artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que «*los tribunales deben valorar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado*», por lo que valoración de la prueba testifical no está sometida a regla tasada de prueba, sino que debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, sin que las circunstancias concurrentes en los testigos (sean o no causa de tacha) impidan la valoración de la prueba según dichas reglas [STS 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1207/2016, recurso 2541/2013), 4 de febrero de 2016 (Roj: STS 332/2016, recurso 170/2014), 28 de junio de 2012 (Roj: STS 5762/2012, recurso 546/2009), entre otras]. La prueba testifical en litigios dentro de una comunidad en propiedad horizontal normalmente va a pecar del defecto que achaca el apelante: los testigos son los copropietarios, y en cierta medida tienen un interés en el resultado del litigio. Pero también debe valorarse que uno de los testigos es el administrador de la comunidad, quien corroboró lo reflejado en el acta de la junta celebrada en el año 2015: la sensación de desesperación de los vecinos y sobre todo, que el propio don Pascual reconoció que era él quien derramaba aceite en la escalera, quien hacía los ruidos, y las demás actuaciones que se le imputaban. Esa "sensación de desesperación" es la que confirman los otros testigos, los copropietarios del edificio: que no podían dormir, que el ruido era insoportable, que llevan así muchos años, que tienen miedo, que no dejan bajar o subir solas a sus hijas, que se sentían amenazados, hasta el punto de abandonar la vivienda e irse de alquiler a otra. Por último, no puede obviarse la declaración testifical del vecino al que no afectaba el ruido (dada la localización de su vivienda, según explicó), quien explicó con todo detalle su intervención para intentar evitar esta situación, cómo don Pascual le reconoció los hechos, su deseo de apaciguar los ánimos, de reconducir la situación, y el fracaso de su gestión quien narra la situación vivida, diferenciando entre lo él testifica y aquello en lo que es testigo de referencia. En nuestro ordenamiento rige el principio de valoración conjunta de la prueba [Ts. 4 de febrero de 2016 (Roj: STS 332/2016, recurso 170/2014)], y con todo ese bagaje probatorio, debe compartirse la conclusión a la que se llega: Por causa no concretada, don Pascual está llevando a cabo desde hace muchos años actuaciones que impiden la normal convivencia en vecindad.

QUINTO .- *Errores en la redacción de la sentencia* .- También muestra su queja el recurrente porque en la redacción de la sentencia se haya incurrido en defectos de redacción, mencionando que la procuradora había sido designada porque se litigaba con el beneficio de justicia gratuita, que la información de recursos era errónea porque la sentencia estimaba la demanda, y tampoco era acertada las referencias a la nulidad del juicio por no haberse grabado el audio.

El motivo carece de contenido jurídico.

Aun siendo ciertas las tachas que se realizan a la redacción de la sentencia, en nada afectan a la cuestión de fondo. Su corrección o alteración, que podía haberse solicitado como corrección de errores (artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en nada alteraría el fallo de la sentencia apelada.



SEXTO .- *Las comunicaciones* .- Se discrepa de la sentencia apelada en cuanto acuerda remitir testimonio de la resolución tanto al Ministerio Fiscal como a los Servicios Sociales. Se argumenta que se denegó una prueba a la parte actora en relación con la sanidad mental del apelante, y ahora se acuerda remitir la sentencia.

El motivo no puede ser estimado.

Se supone que la mención tiende a que se revoque la sentencia apelada en el sentido de suprimir esa remisión. Y lo cierto es que se acuerda sorpresivamente en el fallo, sin explicarse en la fundamentación cuál es la razón de tal acuerdo. Debe entenderse, aunque no se dice, que el juzgador de primera instancia duda de la sanidad mental de don Pascual . Si así fuese, la mera noticia al Ministerio Fiscal para su posible solicitud de modificación judicial de su capacidad sería en cumplimiento del mandato del artículo 230 del Código Civil al igual que la pertinencia de prestación de asistencia social siempre previa comprobación de que don Pascual padece algún tipo de afectación psíquica.

Este acuerdo ninguna relación guarda con la denegación del acceso al posible historial psiquiátrico de don Pascual , si es que existiese. Puede existir y no por ello padecer una enfermedad que justificase un comportamiento anómalo (la mayoría de los pacientes psiquiátricos llevan una vida completamente normal, ni tienen comportamientos antisociales). Y en todo caso afecta a la intimidad de la persona, y al secreto de la relación médico paciente. Por lo que la prueba fue correctamente inadmitida.

Es decir, la parte actora no tiene derecho a conocer el posible historial médico de don Pascual pero ante la sospecha de que pueda padecer algún tipo de enfermedad psíquica, se da cuenta a quien debe adoptar en su caso las medidas de ayuda pertinentes.

SÉPTIMO .- *La privación del uso de la vivienda* .- Por último, se plantea que no habiéndose practicado el requerimiento previo, no puede acordarse la privación del uso de la vivienda, lo máximo que podría acordarse es requerir para el cese, pero no el requerimiento para cesar y al mismo tiempo la privación del uso como se solicita en demanda y se acoge en la sentencia. Igualmente discrepa del plazo fijado en la sentencia, que es el máximo previsto.

El motivo no puede ser estimado.

El párrafo tercero del artículo séptimo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal , establecía, en su redacción original que *«Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres»* . En consonancia con dicha prohibición, el artículo 19 de la misma Ley disponía que *«La infracción de las prohibiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 7 dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.- Asimismo tendrá la junta acción contra el ocupante no propietario para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso: pero sólo podrá ejercitarla cuando el titular no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente.- Para el ejercicio de las expresadas acciones judiciales se seguirán los tramites del proceso abreviado de cognición, siendo Juez competente el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca, salvo lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos»* . Es decir, se otorgaba a la junta de propietarios la facultad de ejercitar acciones, bien contra el propietario del piso o local (si fuese él mismo el ocupante), o bien directamente contra el ocupante, para obtener el lanzamiento (supuesto de mero ocupante) o la resolución del contrato (supuesto de arrendamiento) con el consiguiente desalojo, cuya constitucionalidad ha sido declarada (Sentencia del Tribunal Constitucional de 301/1993, de 21 de octubre).

Jurisprudencialmente se estableció que el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal regulaba dos vías distintas según el infractor fuese bien el propietario, bien un ocupante por título distinto. En cuanto al segundo, dado que el vínculo jurídico lo mantiene con el propietario, es éste quien debe ejercitar la acción directa para resolver el contrato o solicitar el lanzamiento y sólo cuando no lo hiciese en el plazo concedido una vez requerido fehacientemente, podía la comunidad de propietarios subrogarse en las acciones [Ts. 13 de junio de 1972 (Roj: STS 2370/1972) y 14 de junio de 1968 (Roj: STS 2287/1968)]. Es decir, mientras frente al propietario se trataba de una acción directa, frente al arrendatario se ejercitaba la acción por subrogación.

En lo referente al requerimiento fehaciente previo se venía distinguiendo según la acción se ejercitase contra el propietario o contra el arrendatario. Mientras en el primer caso se configuraba como un requisito que afectaba a la legitimación *«ad causam»* , en el segundo su ausencia carecía de consecuencias. Se estimaba que el artículo 19 sólo subordinaba el ejercicio de la acción a que el dueño no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado, sin condicionarlo a un previo apercibimiento al ocupante arrendatario, y dado que la



comunidad se subrogaba en la posición del propietario arrendador, y Ley de Arrendamientos Urbanos no exigía ningún tipo de requerimiento para ejercitar la acción de resolución, no podía exigirse tampoco a quien actuaba por subrogación [Ts. 24 de enero de 1975 (Roj: STS 27/1975)].

La Ley de Propiedad Horizontal no establecía quién tenía que realizar el requerimiento, habiéndose admitido como correcto que lo hiciese el administrador de la comunidad cuando así se le hubiese encargado expresamente en la junta de propietarios [Ts. 18 de junio de 1990 (Roj: STS 10923/1990)].

La Ley 8/1999, de 6 de abril (con la redacción en cuanto a procedimiento introducida por la disposición final primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero) unificó en el artículo 7.2 ambos preceptos, e introdujo profundas modificaciones en su regulación. En las Proposiciones de Ley presentadas no figuraba la modificación de esta materia. Se introdujo en virtud de la enmienda 20 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. Tras pequeñas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, el texto finalmente promulgado quedó redactado en los siguientes términos:

«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.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento» .

Para la prosperabilidad de la acción que ahora se denomina nominalmente "de cesación" se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Que se trate de un "piso o local", expresión que es redundante, pues el artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que tiene la consideración de local cualquier espacio susceptible de uso independiente. Se arrastra la diferenciación del texto primitivo de la Ley, utilizando el concepto de "piso" como asimilado a "vivienda", y no a "planta" que a su vez venía de la distinción entre viviendas y locales de negocio en los arrendamientos urbanos.

2º.- Que en la vivienda o local se desarrolle una "actividad", lo que sugiere que ha de ser continuada, es decir con una cierta permanencia en el tiempo, ya que si no carecería del requisito de "actividad", no pudiendo atenderse pues a meras actuaciones, incomodidades o molestias esporádicas u ocasionales.

3º.- Que esa actividad pueda calificarse como contraria a los estatutos de la comunidad, dañosa para la finca, o que contravenga la legislación sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Sobre este requisito se han destacado dos cuestiones:

(a) Pese a que el artículo comentado menciona *«actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca»*, no puede entenderse, a la vista de la separación con comas y la siguiente expresión, que la Ley exija la concurrencia de ambos requisitos (prohibición expresa en los estatutos de la comunidad, y además que cause un daño en la finca). En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008 (Roj: STS 6451/2008, recurso 307/2004), cuando afirma que el artículo 7.2 *«establece tres diferentes supuestos de actividades no permitidas a los propietarios y ocupantes del piso o local: las prohibidas en los estatutos las que resulten dañosas para la finca y las que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas»* añadiendo que no es posible destinar el piso o local a actividad prohibidas en el estatuto, con independencia de que no resulten objetivamente molestas,



insalubre o peligrosas. Doctrina reiterada en la sentencia de 14 de octubre de 2004 (Roj: STS 6516/2004, recurso 2772/1998).

(b) Ya no existe mención a "inmoralidad".

4º.- Que esa incomodidad o molestia sea notoria y ostensible, no pudiendo atenderse a meras dificultades o pequeños trastornos.

5º.- Que se haya requerido previamente al dueño de la vivienda o al ocupante apercibiéndolo para que cesen esas actividades. No es necesario requerir a los dos, sino que basta con requerir exclusivamente *«a quien realice las actividades prohibidas»* .

6º.- A diferencia del texto primitivo, la actual Ley de Propiedad Horizontal es clara y terminante al establecer que debe ser el presidente de la comunidad quien realice ese requerimiento.

7º.- Aunque el precepto menciona que el requerimiento será para la *«inmediata cesación»* , dado que a continuación se menciona *«si el infractor persistiere...»* , se entiende que debe concederse un plazo prudencial para el cese de la actividad contraria a los estatutos, perjudicial para la finca, o que resulte molesta, nociva, insalubre, peligrosa o ilícita. Plazo que variará en atención a las circunstancias de cada caso.

8º.- Si no fuese atendido el requerimiento, deberá convocarse la junta de propietarios, en cuyo orden del día debe figurar expresamente la propuesta de ejercitar la acción de cesación. Junta que deberá autorizar al presidente para ejercitar dicha acción. El propietario afectado puede defender sus derechos impugnando el acuerdo de la junta.

9º.- A la demanda que formule el presidente, debe acompañarse, como requisito de procedibilidad, *«la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios»* . Si no se acompañan estos documentos, deberá inadmitirse la demanda a trámite (artículo 269.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 266.5º del mismo texto legal). No es un requisito subsanable, salvo que se advirtiese la involuntaria omisión del acompañamiento (por mencionarse en la demanda como documentos acompañados, y realmente no se aporten, pero, por ejemplo, sí figuren en las copias presentadas) (artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

10º.- Ya no hay que requerir previamente al propietario para que ejercite una acción resolutoria contra el arrendatario ni la acción de cesación de la comunidad contra el arrendatario se configura como una actuación por subrogación propiamente dicha.

11º.- La demanda debe siempre dirigirse contra el titular de la vivienda o local, por imperativo de la última frase del párrafo cuarto del ordinal segundo del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal extremo que se ha criticado en la doctrina, por estimar que no es responsable de las actuaciones del arrendatario.

12º.- Resulta indiferente que se desarrollen actividades análogas en otros pisos o locales, porque o bien no son incómodas, en apreciación de la junta de propietarios, o bien se les demandará posteriormente.

13º.- A diferencia de lo que acontecía cuando se configuraba la acción de la comunidad contra el arrendatario como una acción de resolución ejercitada por subrogación, que se estimaba que no impedía que la acción prosperase el que hubiesen cesado las molestias, pues la causa de resolución debe referirse siempre al momento en que se produce, no a rectificaciones posteriores de conducta, cuando la misma se han mantenido a lo largo del tiempo actualmente si el infractor cesa en su actuación, no puede ejercitarse ya la acción de cesación sin perjuicio de que pudiera prosperar la solicitud de reparaciones o indemnizaciones de daños y perjuicios.

14º.- Tanto la primitiva redacción como la actual conferían la acción a la junta de propietarios. Sin embargo se tiene admitido la posibilidad de que la ejercite un comunero en beneficio de la comunidad [STS 14 de octubre de 2004 (Roj: STS 6516/2004, recurso 2772/1998)].

En el caso presente sí se estima practicado el requerimiento, como se dijo en anteriormente. Y es correcta la sentencia que acuerda el cese de la actividad (causar molestias) y al mismo tiempo la privación del uso. El precepto comentado establece *«Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad»* . Son acuerdos conjuntos: cese definitivo de actividad, indemnización y privación. Lo que quizá podría cuestionarse es la redacción, en cuanto acuerda requerir para que cese, cuando lo correcto sería condenarlo a que cese, bajo apercibimiento de desobediencia.



OCTAVO .- Costas .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NOVENO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado **don Pascual** , contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de A Coruña , en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 924-2015, y en el que es demandante "Comunidad de Propietarios del edificio señalado con los números NUM000 y NUM001 de la calle DIRECCION000 , NUM002 de la calle DIRECCION001 , y NUM003 de la calle DIRECCION002 ".

2º.- Confirmar la sentencia apelada.

3º.- Imponer al apelante don Pascual las costas devengadas por su recurso.

4º.- Acordar la pérdida del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a transferir el depósito constituido para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0475 17 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0475 17 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre 79/2004, de 5 de mayo 5/2001, de 15 de enero] ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6º.- Firme que sea la presente resolución, librese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 12 de A Coruña, con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-



PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ