



Roj: **SAP B 11771/2019 - ECLI:ES:APB:2019:11771**

Id Cendoj: **08019370192019100449**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **03/10/2019**

Nº de Recurso: **1001/2017**

Nº de Resolución: **488/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN MARTINEZ LUNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL:aps19.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158102718

Recurso de apelación 1001/2017 -A

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 381/2015

Parte recurrente/Solicitante: Eugenio , Eva

Procurador/a: Fernando Bertran Santamaria, Viviana Lopez Freixas

Abogado/a: Jordi Bertolin Gonzalez, Jordi Francesc Lladó Parés

Parte recurrida: CDAD. PROP. DE AV. DIRECCION000 , NUM000 , DE BARCELONA, Vicente (Herederas Eugenio) , Marí Luz (Herederas Eugenio)

Procurador/a: Viviana Lopez Freixas, Roser Castello Lasauca

Abogado/a: Alberto Salgado Royo, Jordi Francesc Lladó Parés

SENTENCIA N° 488/2019

Magistrados:

Asunción Claret Castany Miguel Julián Collado Nuño María Carmen Martínez Luna

Barcelona, 3 de octubre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 29 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 381/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los Procuradores Fernando Bertran Santamaria y Viviana Lopez Freixas, en nombre y representación de Eva y Eugenio , contra la Sentencia 185/2019 de 01/09/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Roser Castello Lasauca, en nombre y representación de CDAD. PROP. DE AV. DIRECCION000 , NUM000 , DE BARCELONA y los demandados Vicente , Marí Luz (herederos de Eugenio).



Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:
" Que estimando parcialmente la demanda interpuesta la Procuradora Sra.Castelló Lasauca en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en Avd. DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona contra D^a Eva y contra D^a Marí Luz y D. Vicente debo:

- 1.- Condenar y condeno a D^a Eva a la privación del uso y goce del inmueble situado en la Avd. DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 de Barcelona durante el periodo de un año.
- 2.- Condenar y condeno a D^a Eva a cesar en su conducta de seguir dando de comer y beber a las palomas ya sea desde el alfeizar de la ventana como en las proximidades de la portería de la finca.
- 3.- Condenar y condeno a D^a Eva al pago a la actora de la cantidad de 1.363,03€ en concepto de daños.
- 4.- Absolver y absuelvo a D^a Marí Luz y D. Vicente como sucesores de D. Eugenio de todos los pedimentos formulados frente al mismo.

Se imponen las costas de la acción ejercitada contra la Sra. Eva a la misma y las derivadas de la acción ejercitada contra el Sr. Eugenio a la actora."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 13/06/2019.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada María Carmen Martínez Luna .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se sigue a demanda en su día presentada por la Comunidad de Propietarios del edificio sito en Avda. DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona contra Dña. Eva y contra Dña. Marí Luz y D. Vicente quienes como sucesores del demandado fallecido D. Eugenio , si bien en esta alzada la cuestión se centra entre la Comunidad y la demandada Dña. Eva , por haber sido absueltos los demandados Dña. Marí Luz y D. Vicente .

El fallo de la sentencia en lo atinente a la demandada Sra. Eva condena a la Sra. Eva a la privación del uso y goce del inmueble situado en la DIRECCION000 nº NUM000 NUM001 NUM002 de Barcelona durante el periodo de un año.

Se condena a la Sra. Eva a cesar en su conducta de seguir dando de comer y beber a las palomas ya sea desde el alfeizar de la ventana como en la proximidades de la portería de la finca.

Se condena a la Sra. Eva al pago a la actora de la cantidad de 1.363,03€ en concepto de daños.

Se imponen las costas de la acción ejercitada contra la Sra. Eva a la misma.

La demandada Sra. Eva interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada con fundamento en los siguientes motivos del recurso, en primer lugar considera que no queda probado que Dña. Eva esté dando de comer a las palomas en su ventana, en segundo lugar muestra su desacuerdo con la privación del uso y goce de la vivienda por un año, y en tercer lugar recurre la suma fijada en sentencia de 1.363,03€ concedida en concepto de daños, y por ultimo considera no adecuada la imposición de las costas de la primera instancia causadas a su instancia a la demandada-recurrente.

La demandante Comunidad de Propietarios se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO.- A los efectos de resolver la cuestión objeto de debate cabe precisar que la parte actora ejercita acción de cesación contra la demandada solicitando la condena a cesar en su conducta de seguir dando de comer y de beber a las palomas ya sea desde el alfeizar de sus ventanas como en las proximidades de la portería de la finca y ello con base en que la actividad de la actora es contraria a la normal convivencia en la comunidad, molesta, incomoda, nociva y en su caso insalubre, solicitaba asimismo la prohibición del uso de la vivienda, con fundamento en los art. 553. 40 y 553. 47 C.C.C.

A dicha pretensión se opuso la demandada negando los hechos de la demanda, refiriéndose a la concurrencia de otras causas concurrentes en la suciedad de la fachada, alegaba pluspetición respecto de la suma reclamada, se oponía a la demanda alegando la falta de requisito de notificación del art. 553. 40 C.C.C. pues el burofax remitido en su día por la Comunidad no fue recibido por la demandada, así decía que no recibió el burofax ni el aviso de correos para recogerlo, de lo que colige no cabe aplicar la privación del uso del elemento



privativo. Se refería a la falta de proporcionalidad de la solicitud de privación del uso de elemento privativo. Y por último a las circunstancias personales de la demandada.

La acción que ejercita la Comunidad actora se sustenta en el régimen de prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes que se contiene en el art. 553-40 del Codi civil de Catalunya.

Como se dice en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 28 de abril de 2014, el precepto "responde a un principio fundamental en toda Comunidad: que el beneficio propio no puede traducirse en perjuicio ajeno, o como indicamos en la STSJC 17/2012, de 20 de febrero, a la necesidad de que las actividades que se emprendan en los elementos privativos por sus propietarios o por quienes de ellos traen causa se desarrollen dentro de los límites de la normalidad del uso y tolerabilidad por los restantes vecinos atendidas las condiciones de lugar y la naturaleza de los inmuebles de acuerdo con las normas de la buena fe".

El art. 553-40 punto 2 dispone que el presidente o presidenta de la Comunidad, si se hacen las actividades a que hace referencia el apartado 1, por iniciativa propia o a petición de una cuarta parte de los propietarios, ha de requerir fehacientemente a quien desarrolle aquellas actividades para que deje de hacerlas, y, si la persona requerida persiste en su actividad, la junta de propietarios puede interponer contra los propietarios y ocupantes del elemento privativo la acción para hacerla cesar, que debe tramitarse de acuerdo con las normas del juicio ordinario. Debiéndose acompañar el requerimiento y la certificación del acuerdo de la junta de propietarios.

La sentencia de instancia tras analizar y valorar la prueba practicada estima acreditado que la Sra. Eva sigue dando de comer y beber a las palomas desde el alfeizar de su ventana y en las inmediaciones del edificio después de dictarse la sentencia de 15 de diciembre de 2008, que la condenaba a abstenerse de seguir dando de comer y de beber a las palomas desde el alfeizar de sus ventanas, por ser una actividad prohibida y molesta para la comunidad. Considera la sentencia acreditado, que la actividad es molesta para la comunidad de propietarios demandante y que la presencia constante de los animales y las heces inherentes a la misma alcanza la insalubridad.

La sentencia dictada en instancia analiza si se ha practicado el requerimiento para la subsanación de la actividad y que no se haya subsanado dentro de plazo razonable, y frente a la alegación de la demandada que entendía no cumplido dicho requisito de notificación, señalando que la notificación que alega la actora de remisión de burofax no fue recibido por la demandada, negando haber recibido el aviso de correos para recoger el burofax y que debió la actora intentar una nueva notificación o buscar una solución amistosa. La sentencia valora que el requisito se cumplió, a la vista del documento nº 11 de la demanda, burofax enviado por la actora a la demandada el 14 de enero de 2015, comunicación en el que se instaba a la demandada para que cesara en su actividad, constando que el burofax no pudo ser entregado y que se dejó aviso, y que finalmente no fue entregado por no ser retirado de la oficina.

En esta alzada la recurrente cuestiona que se haya dado por la demandada cumplimiento a los presupuestos formales a que se refiere el art. 553. 40 2 C.C.C., insiste en el hecho en que no se procedió a notificar el ejercicio de la acción, y en segundo lugar se refiere a la falta de aprobación de la solicitud de privación de uso y goce en Junta de Propietarios, en relación a dichos alegatos cabe decir que este segundo argumento impugnatorio de falta de aprobación en Junta, no es cuestión alegada en el escrito de contestación a la demanda, ni se fijó como hecho controvertido en la audiencia previa como es de ver en la grabación de dicho acto, circunstancia que conlleva la extemporaneidad de la alegación que se efectúa en esta segunda instancia, ello no obstante, cabe decir que el art. 553.40 se refiere a que la junta puede interponer la acción de cesación, y la demandante acompañó a la demanda acuerdo de junta de propietarios de 17 de marzo de 2014, documento nº 3 de la demanda, por el que se acordó tomar las medidas oportunas para que los demandados cesaran en su actividad de dar de comer a las palomas desde su vivienda. Y se aprobó que se volviese a iniciar todo el trámite con la letrada que llevó el caso -por referencia al anterior procedimiento que hubo entre las partes-.

Lo anterior, permite estimar cumplido el requisito a que se refiere el precepto sin que se precise que el acuerdo recoja el concreto detalle de los pronunciamientos que se pretenderán con el ejercicio de la acción. Por lo que el motivo ha de ser desestimado.

En relación al segundo de los motivos, la falta de notificación del requerimiento previo tampoco cabe atenderlo, pues el documento nº 11 acompañado a la demanda permite constatar que fue remitida comunicación el 14 de enero de 2015, en concreto burofax que no pudo ser entregado, consta se dejó aviso y que resultó no entregado por sobrante (no retirado en oficina), folios 52 a 55, por lo que constando que dicho burofax fue remitido al domicilio de la demandada Sra. Eva, comunicación que tenía por objeto requerir a la demandada de que cesase en su actividad de dar de comer y beber a las palomas, comunicado en el que se le invitaba a llegar a una solución amistosa y en la que se le informaba de que de no cesar en la actividad la comunidad se vería obligada a acudir al auxilio judicial. Siendo que la demandada negó tener conocimiento de dicho burofax alegando que le desaparece correspondencia del buzón, alegato que no obtiene refrendo por otro medio probatoria, hemos



de compartir el razonamiento contenido en la sentencia recurrida al efecto de entender que pese a que no existió una notificación efectiva, al no haber retirado la demandada el burofax de la oficina de correos, la misma se tiene que entender efectuada, en atención al actuar obstativo e incumplidor de la demandada referente al cese de su actividad de dar de comer y beber a las palomas, tomando en consideración que por sentencia condenatoria firme dictada en el año 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Barcelona, procedimiento ordinario 665/2008, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2008, documento nº 1 de la demanda, ya se prohibía llevar a cabo dicha actividad, y pese a ello, como se desprende de la prueba practicada, documental y testifical, la demandada ha continuado llevando a cabo dicha actividad, por lo que lo anterior permite entender que la remisión del burofax, no habiendo sido retirado por la demandada cumple con el fin previsto. La comunicación se envió al domicilio de la demandada, cumplió los requisitos para alcanzar con el fin previsto, llegar a manos de la demandada, y si no llegó a hacerse efectiva fue consecuencia de la propia y contumaz voluntad de la demandada que no recogió la comunicación, por lo que el motivo se ha de ver desestimado.

TERCERO.- Por lo que analizados y desestimados los motivos alegados por la recurrente de carácter formal en orden a la prosperabilidad de la acción, procede analizar el motivo esgrimido por la parte de error en la valoración de la prueba y en este punto no podemos por más que compartir y dar por reproducido el acertado y exhaustivo análisis de la prueba practicada que contiene la sentencia recurrida y que permite estimar los hechos probados de la sentencia de instancia, el recurrente en su extenso alegato argumental contenido en su recurso efectúa una valoración de la prueba practicada de la que alcanza conclusiones distintas, en síntesis que la prueba practicada no demuestra que la demandada cometiera la conducta que se dice por la demandante de dar de comer y beber a las palomas y que conlleve las consecuencias que dice la actora y que la sentencia estima acreditadas, así se apoya en que no hay sanción del Ayuntamiento respecto de la demandada, cuestiona que de las fotos aportadas se permita colegir que se corresponden con acción de la demandada o que se correspondan con el lugar. Que los testigos que declararon son vecinos de la propia comunidad lo que les resta parcialidad, en estos términos el cuestionamiento de la valoración de la prueba no permite desvirtuar la valoración de la prueba que se efectúa en la sentencia de instancia que valora la íntegra prueba practicada de forma detallada, así la documental, testifical, pericial e interrogatorio de las partes, y un nuevo examen de la misma, visionada la grabación del juicio y examinados los documentos obrantes en autos, nos permite concluir como se hace en la sentencia que los documentos fotográficos, acta notarial, las quejas cursadas por los vecinos al Ayuntamiento, las declaraciones de los vecinos, que fueron oídos como testigos, cuyas manifestaciones fueron racionales, contestes y claras, frente a las manifestaciones imprecisas de la demandada, a lo que cabe asimismo añadir las explicaciones del perito que abundan en los daños en la finca y su origen y ubicación, permiten concluir como se hace en la sentencia que la demandada ha continuado dando de comer y beber a las palomas pese al pronunciamiento que ya se contenía en la previa sentencia dictada que le impedía continuar con dicha actividad. Por lo que el motivo se ha de ver desestimado.

CUARTO.- Recurre la apelante la desproporcionalidad de la medida por entender que el único perjuicio que se dice probado en la sentencia es la presencia de más suciedad en la fachada y que puede ser debida a otros motivos, como el agua de la lluvia, la falta de un trozo de alfeizar de la ventana de la demandada, lo cual entiende responsabilidad de la comunidad. Por lo que estima que si el único perjuicio es económico considera absolutamente desproporcionado la concesión de la privación de uso y goce de la propiedad.

Razonamiento que no podemos compartir, la sentencia al margen del deslucimiento del edificio a causa de la heces de las palomas, considera que el estado generado conlleva una molestia para el resto de los vecinos, que va más allá de lo que se considera justificado que los vecinos tienen que soportar en una ordenada y habitual convivencia.

El art. 553. 40 3 C.C.C. prevé las consecuencias sancionadoras a que da lugar el comportamiento consistente en llevar a cabo actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que estropeen o hagan peligrar el edificio.

En este caso queda acreditado el acto incívico realizado por la demandada y su importancia, conducta dilatada en el tiempo, pues no podemos obviar la previa existencia de la sentencia del año 2008 que ya le prohibía llevar a cabo la actividad -dar de comer y beber a las palomas- y que la demandada ha continuado con su actuar y consta acreditado el alcance de las consecuencias de su actuar que genera unos perjuicios al resto de vecinos que traspasan el umbral de la mera incomodidad, consistiendo en una perturbación grave de la convivencia vecinal por su intensidad, y duración en el tiempo, conclusión que tiene su apoyo en la prueba testifical y documental obrante en autos, así son de ver los reportajes fotográficos y acta notarial.

Así es de interés que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 20 febrero 2012, dice, que cuando se trata actividades molestas, el conflicto surgido en un inmueble sujeto a la propiedad horizontal debe resolverse acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las mismas atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, conforme los dictados de la buena fe. Lo anterior



conlleva que el motivo se ha de ver desestimado. La actividad de la demandada que genera molestias y problemas de insalubridad en la finca, la dilatada duración en el tiempo de dicha actuación, conlleva que la sanción impuesta se estime proporcionada valorando los intereses en conflicto, pues si bien la privación del uso y goce de la propiedad conlleva un perjuicio para la recurrente no es menos cierto que la afectación de su actuar a terceros ha generado una perturbación grave de la convivencia vecinal.

QUINTO.- Peticiona el recurrente que el quantum económico fijado en la sentencia de instancia se ha de ver reducido, aplicando una moderación a lo reclamado de un 50% y no un 20% como se hace en la sentencia, para ello apunta a la existencia de otras causas que concurren en la suciedad de la fachada, que el alfeizar de la ventana de la demandada está roto y que la cantidad que resulta es incluso superior a los presupuestos de limpieza aportados por la demandada.

El motivo no puede ser estimado, la sentencia en el fundamento de derecho séptimo ya toma en consideración todas dichas circunstancias y pese a ello modera la suma indemnizatoria reduciendo en un 20% la peticionada por la demandante, tomando en consideración el informe pericial, que permite concluir el nexo causal entre el actuar de la demandada y la suciedad existente en la zona de la fachada bajo las ventanas de la vivienda de la demandada, aplicando la reducción del 20% por apreciarse que existe en la finca otras manchas de humedad, que se corresponden a otra patología u origen, de las que la demandada no debe responder, siendo que la demandada no acredita que el hecho de que el desperfecto en el alfeizar incida en la cuestión ni se ha acreditado y en cuanto a la diferencia de los presupuestos, ya se dice en la sentencia que la principal diferencia de los presupuestos radica en la colocación de andamios que hace que el presupuesto de la actora sea más elevado, andamios que se estiman preciso para la realización del trabajo, en sintonía con lo manifestado por el perito, partida que no contiene los presupuestos aportados por la demandada, por lo que el motivo debe decaer.

SEXTO.- Por último cuestiona la recurrente que le hayan sido impuestas las costas de la instancia, entiende ha existido una estimación parcial de la demanda y que no puede hablarse de actitud obstativa y contumaz de la demandada.

También debe desestimarse el alegato, nos encontramos ante una estimación sustancial de la pretensión actora, habida cuenta que únicamente se ha visto desatendida su pretensión al reducirse la suma fijada en concepto de condena dineraria en un 20% respecto de lo reclamado, lo que nos permite en sintonía con lo razonado en la sentencia de instancia, que se refiere a la persistencia en su actuar por la demandada pese a la existencia de previo pronunciamiento contenido en sentencia firme de 2008 que le prohibía seguir dando de comer y beber a las palomas, y atendida la estimación sustancial de la pretensión actora, entender que la condena a la demandada al pago de las costas causadas a su instancia es ajustada a derecho.

De conformidad al artículo 398.1 LEC, se imponen las costas causadas al recurrente al verse desestimado el recurso.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

LA SALA, **ACUERDA : DESESTIMAR el recurso de apelación** interpuesto por la representación procesal de Dña. Eva contra la *Sentencia dictada en fecha 1 de septiembre 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº. 48 de Barcelona* en sus autos de Juicio Ordinario nº 381/2015, de los que el presente rollo de apelación dimana, y, en su virtud, CONFIRMAR dicha resolución en su integridad, con imposición de las costas de la presente alzada a la indicada parte recurrente.

Dese al depósito constituido el destino legal.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación en el plazo de - veinte días - hábiles, si en su caso concurrieran los requisitos legales.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su debido cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.



También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ