



Roj: **STSJ CAT 3181/2016 - ECLI:ES:TSCAT:2016:3181**

Id Cendoj: **08019310012016100043**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2016**

Nº de Recurso: **114/2015**

Nº de Resolución: **33/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5188/2015,**
STSJ CAT 3181/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 114/2015

SENTENCIA Nº 33

Presidente:

Excmo. Sr. D. Jesús M^a Barrientos Pacho

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Mguel Angel Gimeno Jubero

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. D. Joan Manel Abril Campoy

Barcelona, 19 de mayo de 2016

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 114/2015 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 139/14 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de ordinario núm. 908/12 seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 48 de Barcelona. La COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA PLAZA000 núm. NUM000 - NUM001 DE BARCELONA ha interpuesto sendos recursos, representada por el Procurador Sr. Ricard Simó Pascual y defendida por el Letrado Sr. Antoni Cartró Giner. La entidad SKOOKUMCHUCK SL y los Sres. Romeo y Luz, parte recurrida en este procedimiento, han estado representados por el Procurador Sr. José Rafael Ros Fernández y defendidos por el Letrado Sr. Victor Climent Gómez de Orgaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Ricard Simó i Pascual, actuó en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en PLAZA000 núm. NUM000 - NUM001 de Barcelona formulando

demanda de procedimiento ordinario núm. 908/12 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2013, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

" Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Simó Pascual, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en PLAZA000 nº NUM000 - NUM001 de Barcelona contra D. Romeo , D^a. Luz y Skookumchuck S.L.:

Debo declarar y declaro que la actividad desarrollada por los demandados en el piso NUM002 NUM003 del edificio sito en la PLAZA000 nº NUM000 - NUM001 de Barcelona es contraria a la normal convivencia en la comunidad, molesta, incómoda, nociva y en su caso insalubre para la comunidad actora y en consecuencia se declare prohibida.

Debo declarar y declaro el cese definitivo de la actividad de explotación hotelera turística del alquiler por días como departamento turístico que se lleva a cabo en la vivienda de los demandados con extinción, en su caso, del contrato de arrendamiento o de gestión que tengan los demandados propietario y usufructuario de la vivienda con la odemandada Skookumchuck S.L. y advertencia a esta última de prohibición de suscribir nuevos contratos de este tipo.

Debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por dichos pronunciamientos con expreso apercibimiento de que en caso de incumplimiento con apercibimiento a los demandados de que en caso de que la actividad continúe la Comunidad podrá instar judicialmente la privación del uso y disfrute de la vivienda por un periodo que no podrá exceder de dos años y que conllevará el lanzamiento.

Y no debo declarar y no declaro atendiendo a la fecha de inicio de la actividad que la misma sea contraria a los estatutos comunitarios.

Todo ello con imposición de costas solidariamente a los demandados ".

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación que fue impugnado por la actora, que se admitió y se sustanció en la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 21 de mayo de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO el recurso planteado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA PLAZA000 NUM000 - NUM001 de Barcelona y ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal Romeo , Luz y SKOOKUMCHUCH SL contra la sentencia de 27 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº 908/2012, de los que el presente Rollo dimana debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la indicada resolución, desestimando la demanda interpuesta por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA PLAZA000 NUM000 - NUM001 de Barcelona frente a Romeo , Luz y SKOOKUMCHUCK SL, absolviendo a estos de las pretensiones ejercitadas en su contra, sin imponer a parte alguna las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO.- Contra esta Sentencia, la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la PLAZA000 núm. NUM000 - NUM001 de Barcelona interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

CUARTO.- Por Auto de 19 de noviembre de 2015 se acordó estimar la abstención formulada por el Magistrado inicialmente designado ponente y designar para sustituirlo a la Ilma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués.

QUINTO.- Por providencia de fecha 26 de noviembre de 2015 se dio traslado a las partes sobre la posible causa de inadmisión de los recursos interpuestos, habiendo formulado las alegaciones que consideraron oportunas. Por Auto de fecha 18 de enero de 2016, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO.- Por providencia de fecha 17 de marzo de 2016 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo, con conocimiento del Pleno de la Sala, que ha tenido lugar el día 25 de abril de 2016.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia dictada en segunda instancia por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que revocando en parte la de primer grado, consideró que la actividad de uso turístico que se estaba llevando a cabo en la vivienda sita en el piso NUM002 NUM003 del inmueble de la PLAZA000 nº



NUM000 - NUM001 de Barcelona no afectaba a la normal convivencia en el seno de la comunidad del edificio, rechazando la acción de cesación interpuesta por la comunidad de propietarios de la finca, se alza la parte actora que formula contra la misma recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional, habiendo sido ambos admitidos por esta Sala.

De conformidad con la DF 16 de la Lec 1/2000 la Sala examinará en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 469.1 , 4 de la Lec 1/2000 se denuncia, en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la violación del art. 24 de la CE , por infracción de la regla contenida en el art. 316.1 de la Lec , a cuyo tenor: " *si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se consideraran como ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial*".

Se centra el motivo en que el legal representante de la mercantil que explota el piso como vivienda de uso turístico admitió, en el interrogatorio de parte realizado, que la actividad como tal se inició el día 31 de diciembre de 2010, cuando el día 30 de diciembre del mismo año se había reunido la comunidad de propietarios y había modificado los Estatutos de la comunidad para prohibir la actividad.

Como es sabido (STSJC de 12 de enero de 2015 y las que en ella se citan), la denuncia relativa a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de apelación " *solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del art. 469.1.4º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE* " (STS 1ª 144/2014 de 13 mar . FD8, con cita de las SSTS 1ª 131/2012 de 21 mar . y 215/2013 bis de 8 abr .) y la consecuencia es que " *la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, como tampoco dar prevalencia a determinados elementos probatorios sobre otros que el tribunal sentenciador haya considerado más relevantes o convincentes* " (STS 1ª 144/2014 de 13 mar . FD9).

En este sentido, hay que tener en cuenta que solo existe arbitrariedad en el actuar judicial cuando no se dan razones formales ni materiales, o cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, de modo que, en tales casos, "la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia" (STS 1ª 987/2011 de 11 enero FD2, con cita de las SSTC 105/2006 de 3 abr ., 41/2007 de 26 feb . y 157/2009 de 29 jun .).

Lo mismo es predicable de la prueba de interrogatorio de parte de modo que no cabe aislar una determinada respuesta de la parte interrogada ni desconectar el interrogatorio del resto de las pruebas practicada (STS 1ª 883/2006 de 14 sep . FD5), como señala el párrafo primero del art. 316. 1 de la Lec , antes expuesto.

Pues bien, teniendo en cuenta que no son hechos discutidos: a) que las obras para destinar la vivienda para uso turístico ya se habían realizado durante el año 2010; b) que el contrato de cesión por parte de la propiedad a la entidad Skookumchuck, SL ya se había formalizado antes también del mes de diciembre de 2010; c) que la entidad arrendataria ya se encontraba autorizada administrativamente para llevar a cabo la actividad desde el día 28 de diciembre del mismo año; y, d) que en el propio documento nº 26 obrante al folio 143 de los autos y acompañado por la demandante se dice que la actividad había comenzado sobre el 27 de diciembre del mismo año, la conclusión alcanzada, tanto por la Sala de apelación, como, en primer lugar, por el Juzgado relativa a que cuando la comunidad adoptó el acuerdo de modificar los Estatutos para prohibir el uso turístico del piso el día 30 de diciembre de 2010 ya había sido iniciada tal actividad, no solo no vulnera el art. 24 de la CE ni ninguna norma procesal sino que resulta del todo lógica y coherente. Incluso resultaría indiferente que los primeros ocupantes hubiesen entrado en la vivienda días después de obtenida la licencia administrativa, ya que cuando la comunidad adoptó el acuerdo, todos los actos necesarios para el inicio de la actividad habían sido llevados a cabo por la titular de la explotación.

En suma, no existe error alguno en la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala en este punto.



TERCERO.- En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se dice infringido igualmente el art. 469.1, 4 de la Lec 1/2000 en relación con el art. 24 de la CE por error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba e infracción de los principios de inmediación y seguridad jurídica.

El motivo se proyecta en dos direcciones.

En primer lugar se aduce que la Sala de apelación no podía desviarse de la apreciación probatoria que había realizado el Juzgado a quo por ser una función exclusiva y excluyente del órgano de instancia. Se dice que ello es doctrina del Tribunal Supremo y que entender otra cosa vulneraría el principio de inmediación y seguridad jurídica.

En segundo lugar también se afirma que, en cualquier caso, las conclusiones alcanzadas por la Audiencia son claramente erróneas e ilógicas por las razones que se exponen en el motivo.

Debe salirse al paso de la primera afirmación objeto de este motivo del recurso extraordinario. Sobre no citarse al respecto ninguna sentencia del Tribunal Supremo, es claro que la jurisprudencia que se dice existente solo puede referirse a la valoración de la prueba por parte de la Sala de casación al conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal y no a la segunda instancia respecto de la primera.

Basta con recordar lo que dice la STS 668/2015 de 4 de dic (FJ 3) suficientemente elocuente al respecto : *"Esta Sala, en jurisprudencia pacífica y reiterada con frecuencia, ha rechazado que la valoración de la prueba realizada en primera instancia solo pueda ser revisada por la Audiencia Provincial en caso de que conduzca a exégesis erróneas, ilógicas o que conculque preceptos legales, o sus conclusiones sean absurdas, irracionales o arbitrarias.*

En nuestro sistema procesal, el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez "a quo". Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido «una severa crítica» (sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991 , y núm. 808/2009 , de 21 de diciembre).

Es perfectamente lícito que el recurrente en apelación centre su recurso en criticar la valoración de la prueba hecha en la sentencia de primera instancia, e intente convencer al tribunal de segunda instancia de que su valoración de la prueba, aun parcial por responder a la defensa lícita de los intereses de parte, es más correcta que la sin duda imparcial, pero susceptible de crítica y de revisión, del Juez de Primera Instancia".

Sin embargo, como quiera que en el motivo siguiente del recurso extraordinario presentado, alega la recurrente que la Sala de apelación ha infringido el art. 24 de la Constitución por la errónea, arbitraria e irracional valoración de la prueba llevada a cabo respecto de las molestias que causa a la comunidad la actividad que llevan a cabo los demandados en el piso NUM002 , NUM003 del inmueble, deberemos analizar si puede estimarse que los elementos tenidos en cuenta por la Sala constituyen un error notorio, grosero o absurdo derivado de la arbitraria valoración de los distintos medios de prueba, o bien, dicho error se halla en las conclusiones a las que llega.

Pues bien, para resolver adecuadamente la cuestión debe partirse de las consideraciones que la Sala realiza al respecto y que se encuentran en el FJ 6 de la sentencia que se transcribe a continuación:

"La sentencia apelada concreta las actividades incómodas; así, el Administrador de la Finca alude a tránsito de personas, suciedad en las zonas comunes, gritos, consumo de alcohol y especialmente daños en los ascensores que se definen casi semanales con rescates de los ocupantes. Los vecinos del NUM004 NUM003 , NUM005 NUM006 y NUM002 NUM006 refieren llamadas intempestivas, suciedad, gritos y reiteran la situación de avería de los ascensores; el conserje del inmueble los ratifica. Examinando la prueba aportada, comprobamos como la entidad que gestiona el uso turístico del apartamento dispone de servicio de limpieza diario y como se han atendido diversas quejas de vecinos incluyendo la realización de obras de aislamiento en algunos casos. Comprobado el contenido probatorio obrante en autos constatamos como las quejas expresadas resultan casi todas ellas orales y dirigidas al presidente de la Comunidad o al responsable de la gestora del apartamento; no se han aportado intervenciones policiales, denuncias reiteradas ante los organismos públicos que han de velar por el cumplimiento de la actividad sometida a licencia ni tampoco justificación documental sobre una extraordinaria situación anómala en el mantenimiento del ascensor. Dicha constatación resulta relevante para distinguir lo que sean apreciaciones de molestia sobre el uso de una vivienda por un número de personas variable como resulta consubstancial a un uso turístico de la actividad cuyo funcionamiento en un orden de convivencia, excede y perturba aquél régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales, tal y como exige la jurisprudencia. En tales términos y aún constatando la apreciación de molestia que ha sido descrita por la sentencia de instancia no parece que guarde correspondencia con la conclusión de actividad contraria a la normal convivencia, molesta, incómoda,



nociva e insalubre que se cuestiona en esta alzada; al contrario, consideramos que las incidencias y molestias expresadas pueden y deben ser corregidas con una exquisita aplicación de los gestores del apartamento turístico de las obligaciones de limpieza y orden por parte de los ocupantes ocasionales de dicho apartamento turístico y que su incumplimiento pudiera conllevar los graves efectos contemplados en la sentencia de instancia pero, en este momento, no es constatable dicha situación lo que nos ha de llevar a revocar la sentencia de instancia, desestimando las demanda formulado y estimando el recurso entablado".

Aduce la recurrente que resulta absurdo calificar las molestias constatadas como no contrarias a la normal convivencia de la comunidad por el hecho de no vehicular las quejas por escrito sino en forma oral, o entender que, constatadas las molestias, la entidad que explota el apartamento debe y puede corregirlas, lo que implicaría que los vecinos no deben tolerarlas.

El motivo se estima.

La Sala de apelación no pone en duda la existencia de las molestias e incomodidades que los vecinos han denunciado, consistentes básicamente en suciedad en las zonas comunes, gritos y consumo de alcohol por parte de los ocupantes, daños en los ascensores, llamadas intempestivas a distintos pisos así como la reiteración de sus protestas cuando afirma que las diversas quejas "resultan casi todas ellas orales". Igualmente ha admitido que la entidad que explota el apartamento ha tenido que disponer de un servicio diario de limpieza y realizar obras de aislamiento acústico en algunos casos.

En estas condiciones resulta ilógico restar importancia a las molestias referidas por el hecho de no haberse formalizado en todos los casos por escrito, o por el hecho de haber intentado subsanar algunas de ellas la empresa explotadora ya que lo usual es que los vecinos se quejen al administrador o al presidente de la comunidad, y a la empresa explotadora para tratar de evitar en la forma más rápida posible las molestias, y la segunda aseveración (limpieza diaria y aislamiento acústico de varios pisos por parte de la empresa) constituye la mejor prueba de la gravedad y reiteración de las conductas incívicas de los ocupantes de la vivienda que afectan a derechos básicos de los habitantes del inmueble como son la salud y el descanso.

Resulta particularmente voluntarista calificar de "mera apreciación de molestias" las que describe la sentencia de primera instancia.

La Sra. Juez de instancia en el fundamento jurídico quinto de su resolución relata que al vecino del piso NUM002 , NUM006 y a la vecina del piso NUM004 , NUM003 han intentado los ocupantes de la vivienda turística forzar la cerradura de sus viviendas a altas horas de la madrugada, teniendo que avisar en una ocasión a los mossos (hecho documentado en el doc. fl. 122), así como la existencia de averías constantes en los ascensores de la finca. El conserje de la finca afirma que encuentra la garita de la portería con los cajones abiertos y revuelta y a turistas borrachos durmiendo en la escalera, así como pintadas en los ascensores (corroboradas en el doc. 5 de la demanda). Otros vecinos declararon igualmente los problemas existentes con las puertas de los ascensores, la existencia de vómitos, orines, colillas o ruidos a altas horas de la noche en las escaleras y en la vivienda, y las llamadas intempestivas.

Sin perjuicio de lo que deba resolverse en el recurso de casación, se acoge este motivo del recurso y no se imponen por tal razón las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

CUARTO.- Planteamiento

El recurso de casación que plantea la parte actora se articula en tres motivos.

En el primer motivo se aduce la infracción por parte del órgano de segunda instancia de los artículos 553-47 del CCCat en relación con el art. 553-40,1 del mismo cuerpo legal por errónea aplicación de tales normas y ser contraria la resolución a la doctrina de esta Sala expuesta en las SSTSJc de 20 de febrero de 2012 y 28 de abril de 2014 , según las cuales, cuando se trata de 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 a los dictados de la buena fe.

En el segundo motivo se aduce la infracción de los mismos artículos en relación con el art. 553-24 , 4 del CCCat . Pretende que se declare que la actividad llevada a cabo en el piso NUM002 , NUM003 es una actividad prohibida por haberse cambiado el destino del piso de vivienda a apartamento o piso con destino turístico lo que comporta un uso excesivo de las instalaciones comunitarias y un perjuicio general para el inmueble. Cita de nuevo las sentencias de esta Sala de 20 de febrero de 2012 y 28 de abril de 2014 y la STS, Sala 1ª, de 27 de noviembre de 2008 .

En el tercer motivo del recurso de casación, aduciendo la falta de doctrina de esta Sala, se estiman vulnerados los mismos artículos del CCCat. Se interesa que la Sala diga que la obtención de la licencia administrativa para la instalación del negocio o industria en un departamento de la finca sometido a las reglas de la propiedad horizontal resulta ajena a los acuerdos adoptados por la Junta de modo que el acuerdo de la comunidad prohibiendo dicha actividad en los Estatutos debería afectar a los propietarios del piso NUM002 , NUM003 y a sus ocupantes.

Por razones lógico-jurídicas la Sala examinará en primer lugar los motivos segundo y tercero del recurso dada la generalidad de su planteamiento, quedando para último lugar el examen del primer motivo del recurso de casación.

QUINTO.- *El uso y destino de los elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal. Estatutos de la comunidad y sus modificaciones. Afectación a terceros.*

Como hemos dicho en otras ocasiones, por todas STSJC de 20 de julio de 2015, la regulación actual de la propiedad horizontal viene recogida en Cataluña en el art. 553 del CCCat , aunque el art. 551-2,2 ya dice, que la comunidad en régimen de propiedad horizontal se rige por el título de constitución , que debe adecuarse a lo establecido en el capítulo III.

Ello no obstante, es perfectamente posible subrayar como característica de este tipo de comunidad aquello que ya decía la Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960 cuando afirmaba que: " *A tal fin, a este objeto de la relación, constituido por el piso o local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios. Mientras sobre el piso «stricto sensu», o espacio, delimitado y de aprovechamiento independiente, el uso y disfrute son privativos, sobre el «inmueble», edificación, pertenencias y servicios -abstracción hecha de los particulares espacios- tales usos y disfrute han de ser, naturalmente, compartidos*

El sistema de derechos y deberes en el seno de la propiedad horizontal aparece estructurado en razón de los intereses en juego.

Los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva. Por lo mismo, íntimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza.

Se ha tratado de configurarlos con criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica ."

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

Conforme a la normativa catalana (art. 553-11) los Estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la Comunidad, pudiendo contener reglas sobre el destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes; limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos; ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones o, entre otros, la aplicación de gastos e ingresos y la distribución de cargas y beneficios.

Los Estatutos tienen carácter convencional pero una vez acordados se convierten en normas que no pueden ser modificadas sino por acuerdo de los propietarios con las mayorías requeridas por la ley.

El Tribunal Constitucional en las Sentencias 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo , estimó que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la CE .

En Cataluña, a diferencia del régimen regulador de la LPH de 21-7-1960, la modificación de los Estatutos, no requiere del acuerdo unánime de los miembros de la comunidad sino solo de las cuatro quintas partes, incluidas las limitaciones en el uso de los elementos privativos según resulta con toda claridad de lo dispuesto en el art. 553-25 , 2 en relación con el art. 553-11 del CCCat (*Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los Estatutos, salvo que el título establezca otra cosa*).



No es pues atinente en estos casos (salvo que la modificación estatutaria se refiriese específicamente al uso de un piso o local concreto y no a la generalidad de los departamentos de la comunidad), la previsión del artículo 553-25,4 en su primitiva redacción conforme al cual *los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*, toda vez que interpretarlo de ese modo dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los 4/5.

En consecuencia, el acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por la comunidad con el quorum previsto en el art. 553-25 , 2 del CCCat (actualmente art. 553-26,2) es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Cuestión distinta es que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la propiedad al impedirlo el art. 553-11 , 3 del CCCat (tanto en la redacción atinente a los hechos que nos ocupan como en la actual) y por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9,3 de la CE .

Ello sin perjuicio, lógicamente, de que el acuerdo, una vez inscrito, sea eficaz y oponible a los futuros terceros adquirentes o, aun, que pueda serlo en el momento en que se produzca el cese de la actividad posteriormente prohibida.

Señalar, por último, que la Ley 5/2015, de 13 de mayo, ha establecido con claridad que el consentimiento expreso de los afectados solo es exigible ex art. 553-25 , 4 cuando los acuerdos modifiquen la cuota de participación, o bien priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de los *elementos comunes* y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja.

SEXTO.- Apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la legislación catalana.

Siendo Cataluña un destino turístico de primera magnitud, toda la actividad relacionada con el turismo es y ha sido objeto de atención por los poderes públicos de Cataluña.

Ya la Ley de turismo 13/2002 de 21 de junio, contempló los alojamientos turísticos en sus artículos 43 y 44 y en el art. 50,4 sin distinguir todavía entre alojamientos, apartamentos turísticos o viviendas de uso turístico

Con posterioridad, el Preámbulo de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, mostró su preocupación por la sobreocupación de las viviendas, las infraviviendas y la conversión ilegal de viviendas en alojamientos turísticos, precarios, sobreocupados y sometidos a precios abusivos.

La norma definió en su artículo art. 3, l) la vivienda de uso turístico como aquella cuyo uso ceden los propietarios a terceros, con la autorización de la administración competente, en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o cualquier otra forma que implique contraprestación económica.

Tras la promulgación de dichas leyes, los alojamientos turísticos fueron objeto de regulación administrativa, primero por el Decreto 106/2008 de 6 de mayo que ya los contrapuso a la nueva figura de la vivienda de uso turístico creada por la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, antes citada, y posteriormente por el Decreto 183/2010 de 23 de noviembre, que definió los establecimientos de alojamiento turístico como aquellos locales y las instalaciones abiertos al público donde, de manera habitual y con carácter profesional, las personas titulares ofrecen a sus personas usuarias, mediante precio, alojamiento temporal en las unidades de alojamiento, así como otros servicios turísticos de acuerdo con las condiciones establecidas en esta norma, sin que en tal caso pudiesen constituirse en viviendas.

Por su parte, la regulación de las viviendas de uso turístico fue desarrollada por el Decreto 164/2010 de 9 de noviembre que pretendió conciliar los intereses generales de la colectividad -atendido lo que en Cataluña representa la actividad relacionada con el turismo como fuente de riqueza y de desarrollo económico (en torno al 12,5 del PIB)- con los intereses particulares de los ciudadanos afectados.

En dicho reglamento se definió la vivienda de uso turístico como aquella que contando con la autorización administrativa pertinente, sus titulares por si o a través de un intermediario ceden su uso a terceros en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o bajo cualquier otra forma que implique contraprestación económica (art. 1).

Con todo, el art. 3.3 del decreto citado ya estableció que no era posible destinar una vivienda a uso turístico si estaba prohibida por la ordenación de usos del sector donde se hallase o si estaba limitada por los Estatutos de la comunidad en edificios sometidos al régimen de la propiedad horizontal, conforme al artículo 553-11 del libro V del CCCat , al que antes nos hemos referido.



En el art. 3.4 se recuerda que el propietario de la vivienda es responsable del destino que da a la misma a todos los efectos, incluidas las obligaciones y limitaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal, ante la Comunidad de propietarios y de terceros, de acuerdo con lo establecido en los artículos 553-37 , 553-40 y 553-47 del Código Civil de Cataluña , estos últimos reguladores de las actividades molestas.

El propio reglamento posibilita la actuación de los titulares de las viviendas de uso turístico ante los comportamientos incívicos de los ocupantes de las mismas al indicar en el art. 5.8 que *en el supuesto de que la persona usuaria de una vivienda de uso turístico atente contra las reglas básicas de la convivencia o incumpla ordenanzas municipales dictadas al respecto, la persona titular de la propiedad o la persona intermediaria responsable de la comercialización de la vivienda debe requerir al cesionario, en el plazo de 24 horas, para que abandone la vivienda.*

La concepción de los apartamentos turísticos y de las viviendas de uso turístico tal y como quedaron definidos tras la promulgación de la Ley 9/2011 de 29 de diciembre que modificó la Ley de turismo de 2002 y la Ley de la vivienda de 2007, dio pie a integrar en un solo Decreto, el 159/2012 de 20 de noviembre (que no se hallaba en vigor cuando se cedió la vivienda objeto de esta litis, aunque sí en la actualidad), la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico y las viviendas de uso turístico y la consiguiente derogación de los Decretos 164 y 183/2010.

De este modo, los establecimientos de apartamentos turísticos son edificios o conjuntos continuos constituidos en su totalidad por apartamentos o estudios, como establecimiento único o como unidad empresarial de explotación, con los servicios turísticos correspondientes (art. 37 del Decreto 159/2012) mientras que las viviendas de uso turístico (art. 66 y ss.) son aquellas que son cedidas por su propietario directa o indirectamente a terceros de forma reiterada a cambio de contraprestación económica, debiendo hallarse suficientemente amuebladas y dotadas de los enseres necesarios así como garantizarse un servicio de mantenimiento, por lo que pueden hallarse situadas en edificios de viviendas sometidas a las normas de la propiedad horizontal, sin perjuicio -como ya hemos dicho- de que tampoco administrativamente se podrá ejercer la actividad de hallarse limitada por los Estatutos de la comunidad debidamente inscritos (art. 68,6).

SÉPTIMO.- Actividades prohibidas en los elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal.

El Código Civil de Cataluña en su primitiva redacción, con deficiente técnica legislativa ya subsanada por la ley 5/2015, de 13 de mayo, disponía en el art. 553-40, 1 que *los propietarios y ocupantes de los elementos privativos no pueden realizar en los mismos actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio. Tampoco pueden realizar las actividades que los Estatutos o la normativa urbanística y de usos del sector donde se halla el edificio excluyen o prohíben de forma expresa* y en el art. 553-47 tanto en relación a los elementos privativos como a los comunes , que *los propietarios y ocupantes de pisos o locales no pueden realizar, en el elemento privativo o en el resto del inmueble, actividades que los Estatutos prohíban, que sean perjudiciales para las fincas o que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.*

Ambos preceptos responden a la idea de que el propio derecho no debe traducirse en perjuicio del derecho ajeno por lo que se legitima a la comunidad de propietarios para hacer cesar las actividades no permitidas que serán: a) aquellas excluidas o prohibidas de forma expresa por los Estatutos, esto es que provengan de la libre voluntad de los copropietarios; b) las excluidas de forma expresa por la normativa urbanística y de usos del sector (lo que obligará a examinar dicha normativa); c) las que vayan contra las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas o peligrosas, en el caso de Cataluña reguladas en la Ley 20/2009, de 4 de diciembre; d) otras ilícitas (sin especificar); e) por último, a modo de cláusula general, aquellas actividades o conductas que sin estar comprendidas en las anteriores, sean contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio.

Pues bien, el uso de la vivienda que nos ocupa en esta litis (de unos 200 metros cuadrados, con 7 habitaciones y una ocupación máxima según la cedula de habitabilidad de 22 personas) con fines turísticos, conforme hemos visto, no estaba prohibido en los Estatutos comunitarios cuando se inició la actividad teniendo esta Sala establecido en las SSTSC 3-6-2011 y en la de 20-2-2012 con cita de la doctrina del Tribunal supremo que la mera descripción inicial que los originales dueños de toda la finca hicieran de los distintos departamentos en la escritura de división horizontal, no obliga al posterior propietario del elemento privativo, pues al presumirse libre la propiedad, de conformidad con el art. 348 del CC (hoy 541-1,1 CCCat), podrá cambiarse después el destino de la finca, de no contravenirse alguna disposición legal o contractual.

También nos referíamos a que el artículo 553-10 , 1,c) del CCCat , en su primera redacción, recogió el sentir de la jurisprudencia comentada, al establecer que no es preciso el consentimiento de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan: "c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los Estatutos las prohíban", doctrina, por otro lado, acorde con los principios que inspiran



el ordenamiento civil de Cataluña expuestos, entre otros, en el artículo 111.6 de la ley primera del CCCat , en el que se establece el principio de libertad civil, razón por la cual las actividades que no pueden realizarse en la finca por voluntad de la comunidad, deben hallarse expresamente prohibidas en los Estatutos.

Sin que, además, la limitación puede ser aplicada con carácter retroactivo según antes hemos visto.

Tampoco se trata de una actividad ilícita ni prohibida por la ley, sino expresamente permitida por una norma con rango legal, la Ley de vivienda de 2007, tal y como se ha expuesto en el anterior fundamento jurídico.

La actividad no se halla excluida por las normas urbanísticas del sector ni tampoco va en contra de las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas, peligrosas ya que no está contemplada en ninguno de los anexos de la ley catalana 20/2009 de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades ya que el Anexo III, punto 12.57, se refiere a establecimientos de apartamentos turísticos, no a las viviendas de uso turístico.

Tampoco la actividad *per se* y en abstracto supone un daño o peligro para el edificio en la medida en que el uso intensivo de los elementos comunitarios por el trasiego de los ocupantes, que dicho sea de paso, no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras como despachos profesionales o locales abiertos al público, puede ser compensado mediante la activación del mecanismo previsto en el art. 553-45,4 CCCat conforme al cual el título de constitución o la Junta pueden establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local.

OCTAVO.- Resolución del recurso de casación

Sin perjuicio de lo que se dirá cuando se analice el primer motivo del recurso de casación, en lo que al motivo segundo se refiere, la sentencia no se opone a las sentencias de esta Sala de 20 de febrero de 2012 , 28 de abril de 2014 ni a la STS, Sala 1ª de 27 de noviembre de 2008 ya que en la primera no se afirma que la actividad de vivienda de uso turístico no se halle permitida en abstracto, sino que se calificó como de explotación hotelera el destino turístico de 10 apartamentos de un bloque de 24 viviendas, amén de constatarse una serie de actos contrarios a las normas más elementales de convivencia descritas en el primer FJ de la sentencia. Así el mal uso del ascensor, ruidos y fiestas nocturnos, vandalismo, suciedad en los rellanos con restos de comida, botellas y preservativos y robos. En la segunda sentencia la actividad proyectada era una actividad industrial de recogida de basuras y tratamientos de residuos incompatible con un complejo de viviendas y locales en el centro de la ciudad, y en la STS de 27 de noviembre de 2008 se trataba de una actividad hotelera en un edificio residencial que se llevaba a cabo como prolongación del hotel colindante, con servicios de limpieza, etc.

El segundo motivo del recurso de casación debe, pues, desestimarse en tanto que no puede declararse " *en abstracto*" que la vivienda de uso turístico comporte una actividad no permitida e incompatible con la normal convivencia cuando se ubique en comunidades de viviendas de uso residencial sometidas a las reglas de la propiedad horizontal.

NOVENO.- El motivo tercero del recurso de casación en la forma en que ha sido planteado resulta artificioso en tanto que la sentencia de apelación no dice que estando autorizada la actividad desde el punto de vista administrativo la comunidad no puede impedirlo o, dicho de otro modo, haya condicionado las posibilidades de actuación de la comunidad conforme a las normas civiles a las decisiones administrativas, sino que la *ratio decidendi* de la desestimación de la demanda es que la Sala ha considerado que la actividad desarrollada en el piso NUM002 , NUM003 , en su concreto ejercicio, no había ocasionado hasta el momento, al resto de la comunidad, molestias que comportasen la adopción de una medida tan grave como la cesación de la actividad.

La única referencia que hace la Sala a la autorización administrativa es para dar por probado el momento de inicio de la actividad. Ya hemos declarado al rechazar el correlativo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que el razonamiento de la Audiencia en este punto era perfectamente lógico ya que cuando la comunidad modificó los Estatutos, la vivienda ya contaba con todas las habilitaciones precisas para desempañar la actividad, luego prohibida, habiéndose producido todos los actos necesarios cuando los Estatutos no la negaban. El motivo, en consecuencia, no debió ser admitido convirtiéndose las causas de inadmisión en causas de desestimación.

Resuelto lo anterior, procede entrar en el análisis de si la concreta actividad llevada a cabo en dicha vivienda, por su forma de ejercicio, puede ser calificada de conducta contraria a la normal convivencia de la comunidad, lo que constituye el objeto del primer motivo del recurso de casación.

DÉCIMO.- En relación con este punto la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2014 con cita de la STSJC 17/2012, de 20 de febrero , establece 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.

Ciertamente, como indica la STSJC de 17/2012 de 20 de febrero, la calificación de una concreta actividad como molesta y contraria a la normal convivencia de la comunidad puede dar lugar por su carácter de concepto jurídico indeterminado a un amplio abanico de posibilidades lo que deviene en una cuestión casuística que deberá ser resuelta conforme a las circunstancias de cada caso concreto debiendo entenderse como "normal convivencia" aquella que se produce en circunstancias estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano.

Dicha sentencia, en relación con actividades de tipo turístico ya determinó que lo sancionable era al anómalo y antisocial ejercicio del derecho, revelado por una serie de conductas incívicas continuadas y graves.

Estas conductas se relacionaban en el primer fundamento jurídico de aquella resolución y consistían en el mal uso continuo del ascensor, reiterados ruidos y fiestas nocturnos, actos de vandalismo, suciedad en los rellanos con restos de comida, botellas y preservativas y robos.

En el caso que nos ocupa, sea por el número de habitantes que ocupan la vivienda, sea por una deficiente selección de esos ocupantes, sea por la falta de instrucción sobre las características del inmueble o de las normas de uso de las instalaciones comunes, sea por la falta de control respecto del comportamiento de los ocupantes por parte de la propiedad o de la empresa explotadora, con omisión de las medidas que pueden ser implementadas según el decreto regulador de la actividad, lo cierto es que los turistas que se alojan en el piso NUM002, NUM003, han reproducido en forma reiterada las conductas irrespetuosas que, examinadas en la STSJC de fecha 20 de febrero 2012, fueron calificadas por esta Sala como de actos incívicos de notoria importancia que traspasaban el umbral de la mera incomodidad para convertirse por su duración e intensidad en conductas reprobables que afectan a derechos esenciales de los miembros de la comunidad como son sus derechos económicos y sus derechos a la salud y al descanso que el ordenamiento jurídico no les obliga a soportar.

Es por ello que teniendo en cuenta lo razonado en el recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido estimado, procede acoger también el primer motivo del recurso de casación, al vulnerar la sentencia la doctrina sentada en las STSJC de 20 de febrero de 2012 y 28 de abril de 2014 en relación con los artículos 553-40 y 553-47 del CCCat en su originaria redacción.

En consecuencia, procede casar la sentencia de la Audiencia y en su lugar confirmar la sentencia del Juzgado que resuelve, a nuestro juicio, acertadamente la cuestión planteada.

UNDÉCIMO.- No procede imponer las costas del recurso de casación habida cuenta su parcial estimación. Tampoco procede imponer las costas del recurso de apelación ya que contra la sentencia de primera instancia formuló también recurso de apelación la parte actora al impugnar el de la contraria, debiendo ser desestimados ambos recursos (art. 394 y 398 Lec 1/2000).

FALLAMOS

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DECIDE :

ESTIMAR en parte del recurso extraordinario por infracción procesal y también en parte el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en PLAZA000 núm. NUM000 - NUM001 de Barcelona contra la Sentencia de fecha 21 de mayo de 2015 dictada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 139/14 y, en consecuencia, **CASAR** en parte la sentencia de la Audiencia en tanto que acogió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia por la parte demandada y **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todos sus extremos. **NO IMPONER** las costas de la apelación ni las de este grado procesal a ninguna de las partes, con devolución de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA



Sala Civil i Penal

R. cassació i extraordinari per infracció processal núm. 114/2015

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ