



Roj: **SAP S 5/2017 - ECLI:ES:APS:2017:5**

Id Cendoj: **39075370022017100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **442/2016**

Nº de Resolución: **35/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **BRUNO ARIAS BERRIOATEGORTUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2**

Avda Pedro San Martin S/N Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0000453/2015 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000442/2016**

NIG: 3907542120150004760

Resolución: Sentencia 000035/2017

Intervención:

Apelante

Apelado

Interviniente:

Regina

Geronimo

Procurador:

JAIME GONZÁLEZ FUENTES

JOSE MIGUEL RUIZ CANALES

**SENTENCIA nº 000035/2017**

Il'tmo. Sr. Presidente:

Don José Arsuaga Cortázar.

Il'tmos. Sres. Magistrados:

Don Bruno Arias Berrioagortua.

Dña. Milagros Martínez Rionda.

=====



En la Ciudad de Santander a veinte de enero de dos mil diecisiete.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de Juicio Ordinario número 453 de 2015, (Rollo de Sala número 442 de 2016), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Santander, seguidos a instancia de doña Regina contra don Geronimo .

En esta segunda instancia han sido parte apelante: doña Regina , representado por el Procurador Sr. González Fuentes y asistidos por el Letrado Sr. Marabini Trugeda; y parte apelada don Geronimo , representado por el Procurador Sr. Ruiz Canales y asistida por el Letrado Sr. González de la Lastra Sánchez.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado don Bruno Arias Berrioagortua.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Santander y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 18 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que **desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación legal de D. Regina , contra D. Geronimo ; debo absolver y absuelvo** a éste a de las pretensiones deducidas contra él en el presente procedimiento, haciendo expresa condena en costas a la parte actora. "

**SEGUNDO:** Contra dicha Sentencia, la representación de la parte demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo, se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

**TERCERO:** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen, y

**PRIMERO.-** La parte actora ha pretendido a través de este procedimiento que se condene a los demandados a "abstenerse de habitar la vivienda de su propiedad o ceder la misma a terceros bajo cualquier modalidad, ya sea como vivienda permanente o temporal, estacional o turística, o cualquier otro uso en tanto en cuanto no se obtengan las autorizaciones administrativas que habiliten el aprovechamiento del mismo".

El tribunal de instancia estima justificada la inmisión dañosa o molesta en la propiedad del actor derivada de la actividad hostelera ilegal ejercida por el demandado en el inmueble. No obstante, la sentencia desestima la pretensión de la parte actora razonando que la desposesión reclamada (1) sólo es admisible en los casos legalmente previstos, entre los que no se cuenta el art. 590 CC, (2) no está suficientemente definida en el tiempo, y (3) se ha ordenado por la jurisdicción contencioso administrativa la clausura inmediata de la actividad o establecimiento hostelero del demandado mientras no se disponga de autorización para ello con lo que -termina el juez a quo- "es claro que ha desaparecido el motivo que podría justificar la desproporcionada medida de privación de la posesión por tiempo indefinido pretendida en el presente juicio".

Contra esta sentencia se alza la parte demandante alegando conjuntamente la vulneración de los arts. 7 LPH y 590 y 1908 CC.

**SEGUNDO.-** Comenzando por la denunciada vulneración de los arts. 590 y 1908 CC, este tribunal advierte que aunque la parte apelante sostiene que esos preceptos han sido indebidamente interpretados, no da ninguna justificación acerca de su conclusión.

Esta omisión basta para desestimar el recurso en cuanto se fundamenta en la infracción de dichos artículos.

Pero es que es más, como es sabido, la doctrina ha señalado que la tutela civil frente a las inmisiones sonoras que superan el límite de la normal tolerancia puede obtenerse ejercitando acciones establecidas en el Código civil o en leyes especiales. Entre las primeras se encuentran la acción negatoria (derivada del artículo 590 CC, regulador de las relaciones de vecindad) o la acción resarcitoria (propia de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 o del 1908.2 CC). A través del ejercicio de la acción negatoria, el propietario o titular de un derecho real pretende bien hacer cesar las perturbaciones ilegítimas ya producidas, sean éstas materiales o jurídicas que afecten a su derecho y que no consistan en la privación o detentación indebidas



de la posesión, bien conseguir que el demandado se abstenga en el futuro de perturbaciones previsibles del mismo género; y mediante la acción resarcitoria, se busca la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las intolerables inmisiones sonoras padecidas. Lo que no cabe mediante el ejercicio de cualquiera de estas acciones es obtener una declaración judicial de privación del uso de la cosa del demandado, como la pretendida por la parte demandante.

Por todo ello procede la desestimación del motivo del recurso referido a la infracción de los arts. 590 y 1908 CC.

**TERCERO.-** La parte recurrente alega la infracción por inaplicación del art. 7 LPH.

La resolución de este motivo exige en primer lugar dejar aclarado que procede aplicar el régimen de la propiedad horizontal al caso enjuiciado.

Como señala la STS de 1 de febrero de 2007, "*La propiedad horizontal surgirá automática y necesariamente siempre que se dé esa pluralidad de propietarios, bien por adquisición por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil de alguno de los pisos o locales del inmueble ( STS de 28 de junio de 1986 ), bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros ( artículo 401, párrafo segundo, del Código Civil ), y ello con independencia de que previamente se haya formalizado o no el título constitutivo, cuyo documento constituye la necesaria investidura jurídica formal a aquél presupuesto fáctico...*". La propia LPH dispone en su art. 2 b) que la misma será de aplicación "A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal", precisando que "*Estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros*". Es decir, en el derecho común, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el Código Civil de Cataluña (art. 551-2-2) no se mantiene el criterio de que el establecimiento del régimen de propiedad horizontal requiera del otorgamiento del correspondiente título de constitución.

Consecuentemente con lo anterior en este caso existe una situación de propiedad horizontal respecto del edificio de los litigantes porque coexisten en él propiedades privativas e individualizadas (las viviendas de cada uno), indisolublemente unidas a la copropiedad de los elementos comunes a dichas propiedades independientes, existencia de propiedad horizontal que posibilita la aplicación de las disposiciones de la ley especial.

**CUARTO.-** Justificada la aplicabilidad Entre esas disposiciones especiales aplicables al caso concreto, se cuenta la contenida en el art. 7.2 LPH, que regula la denominada acción de cesación de actividades molestas en propiedad horizontal, al establecer que "*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*".

Del tenor de la norma transcrita se desprende que son requisitos para el ejercicio de la acción de cesación del uso los de existencia de un requerimiento previo del presidente al infractor y de un acuerdo comunitario autorizándolo. Sin embargo estos requisitos procedimentales han sido modulados por el Tribunal Supremo que en su sentencia de de 18 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2130/2016) recordó que es doctrina jurisprudencial consolidada, como complemento del ordenamiento jurídico conforme el artículo 1. 6 CC la de que un copropietario por sí solo puede ejercer esta acción de cesación que contempla el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, posibilitando en aquél caso que ante la inacción del presidente o de la junta



de propietarios, " *el propietario individual que sufre en su persona o familia las actividades ilícitas de un copropietario y tras los requerimientos oportunos (como en el caso presente) no puede quedar indefenso y privado de la defensa judicial efectiva, por lo cual tiene la acción de cesación*"; en suma, el Tribunal Supremo reconocía a ese copropietario legitimación para ejercer esta acción en interés propio (no en el de la comunidad) y en defensa de su derecho, que no ha ejercido la comunidad.

Desde el punto de vista material la acción de cesación establecida en el art. 7.2 LPH exige que el propietario u ocupante desarrolle una actividad (lo que supone cierta continuidad o permanencia de la realización de actos singulares, y que esa actividad), y que esa actividad esté estatutariamente prohibida, sea dañosa para la finca o contravenga las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Respecto de este último requerimiento, un amplio sector de la doctrina estima que no es precisa la contravención administrativa para que proceda la sanción civil, conservando los tribunales un amplio margen de libertad para valorar la efectividad de las molestias y su tolerabilidad en función de las circunstancias del caso y del efectivo trastorno producido por la actividad, dadas las exigencias de una normal convivencia vecinal.

**QUINTO.-** Es oportuno ahora señalar como hechos relevantes para la apreciación de la acción de cesación ex art. 7 LPH ejercitada en este procedimiento y que, resultan de su admisión por las partes o de la prueba practicada, los siguientes:

En la casa situada en BARRIO000 NUM000 NUM001 de Santander hay únicamente dos viviendas. La de la NUM002 pertenece a la parte actora, la de la NUM003 a la demandada.

La vivienda de la demandada se ha destinado a uso hostelero, sin contar con las licencias y permisos necesarios para realizar esa actividad, según se infiere de los dos expedientes concluidos con sanción ( NUM004 y NUM005 de la DG de Turismo) o de la S. 22-12-2015 del JCA nº 1 de Santander que ordena al Ayuntamiento de Santander la incoación de un expediente sancionador.

La actividad hostelera realizada en la vivienda de la parte demandada conlleva **ruidos** de los clientes que exceden de lo tolerable, al celebrarse en ella -como declara la sentencia recién mencionada "fiestas de fin de semana, navideñas o despedidas de soltero".

La parte actora intentó sin resultado un acto de conciliación con la parte demandada tendente a comprobar y corregir los defectos de insonorización que denunciaba (conciliación 724/14 de JPI nº 5 de Santander)

**SEXTO.-** Consecuentemente con todo lo anterior, este tribunal estima, primero, que el intento de acto de conciliación colma el requisito del requerimiento previo establecido en el art. LPH, por lo que no existe impedimento procedimental para que la copropietaria demandante ejercite la acción de cesación a la que se refiere este artículo; y, segundo, que en el caso concurren también los requisitos materiales a los que se condiciona el éxito de esa acción, porque la actividad hostelera realizada es aquí una actividad claramente ilícita -pues carece de los permisos pertinentes como resulta de los expedientes sancionadores mencionados- y es además molesta -al tratarse de una vivienda no acondicionada para el fin al que se usa y conllevar un lógico trasiego, bullicio y griterío las fiestas que en él se celebran-.

Procede por lo tanto, en atención a lo solicitado por la parte actora en su demanda y a las previsiones del art. 7 LPH, disponer la cesación definitiva de la actividad hostelera mientras no se obtengan las autorizaciones precisas para ello y la privación del derecho al uso de la vivienda NUM003 del BARRIO000 NUM000 NUM001 de Santander por tres meses, tiempo que se estima ajustado a la gravedad y persistencia de la actividad intolerablemente lesiva y perjudicial de los intereses de la parte actora.

**SÉPTIMO.-** La estimación parcial del recurso, y con él de la demanda, justifican la no imposición de las costas de este procedimiento (ambas instancias) a ninguno de los litigantes ( arts. 394 y ss. LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia;

Estimar parcialmente la demanda y disponer: a) la cesación definitiva de la actividad hostelera realizada en la vivienda NUM003 del BARRIO000 NUM000 NUM001 de Santander y a la que se refiere esta resolución mientras no se obtengan las autorizaciones precisas para ello, y b) la privación del derecho al uso de esa misma vivienda por tiempo de tres meses; condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración;



Todo ello sin hacer imposición de las costas de este procedimiento (ambas instancias) a ninguno de los litigantes.

Esta Sentencia no es firme y contra ella caben los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, para ante el Tribunal Supremo, que deben interponerse en legal forma ante esta Audiencia en plazo de veinte días.

Una vez sea firme la presente resolución, con testimonio de la misma devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION:** La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ