

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2012/0174960

Recurso de Apelación 685/2014



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1394/2012

APELANTE: D. JOSE LUIS MARINA MEDINA
PROCURADOR Dña. MARIA DEL CARMEN GAMAZO TRUEBA

APELADO: COMUNIDAD PROPIETARIOS C/ OXIGENO Nº 10 DE MADRID
PROCURADOR Dña. MARIA FUENCISLA MARTINEZ MINGUEZ

DEMANDADOS: D. RAUL HERMER COELLAR CALLE – Procurador de 1ª instancia D.
IGNACIO BATLLO RIPOLL
Dña. ENCARNACION MARTIN BALLESTEROS y Dña. ANA MARIA MARINA
MEDINA - Procurador de 1ª instancia D. JAVIER MARINA MEDINA

SENTENCIA Nº 198 / 2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a catorce de mayo de dos mil quince.

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1394/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid a instancia de D. JOSE LUIS MARINA MEDINA, apelante - demandado, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL CARMEN GAMAZO TRUEBA y asistido por el Letrado D. José Ramón Elías Doral, contra COMUNIDAD PROPIETARIOS de la CALLE OXIGENO Nº 10 DE MADRID, apelado - demandante, representado por la Procuradora Dña. MARIA FUENCISLA MARTINEZ MINGUEZ y asistido por el Letrado D. Ricardo Ayala Martínez, siendo también demandados: D. RAUL HERMEL COELLAR CALLE representado en primera instancia por el Procurador D.

Ignacio Batlló Ripoll, D^a ENCARNACION MARTÍN BALLESTEROS y D^a ANA MARÍA MARINA MEDINA, representadas en primera instancia por el Procurador D. Javier Marina Medina; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/04/2014.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1^a Instancia nº 44 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/04/2014, cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Doña Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la calle Oxígeno nº 10 de Madrid, contra Don José Luis Marina Medina representado por la Procuradora Doña María Gamazo Trueba, contra Don Raúl Hermel Coellar Calle representado por el Procurador Don Ignacio Batllo Ripoll y contra Doña Encarnación Martín Ballesteros y Doña Ana María Marina Medina representados por el Procurador Don Javier Medina Medina y, en consecuencia, debo acordar el cese de la actividad de asador de pollos desarrollada en el nº 10 de la calle Oxígeno por carecer el local de los elementos y requisitos técnicos exigidos al efecto. Igualmente debo condenar y condeno a los demandados de forma solidaria a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados en la suma de 6.000 euros y declarar la procedencia de la extinción de la relación arrendaticia que habilitaba el uso del local nº 10 de la calle Oxígeno de Madrid, entre los codemandados ya verificada extrajudicialmente. Finalmente procede privar del uso del local a Don José Luis Marina Medina Doña Encarnación Martín Ballesteros y Doña Ana María Marina Medina, como propietarios, durante el plazo de un año. No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte codemandada D. JOSÉ LUIS MARINA MEDINA, que fue admitido; la demandante

presentó escrito de oposición al recurso formulado; no se han personado en esta Audiencia D. Raúl Hermel Coellar Calle, D^a Encarnación Martín Ballesteros y D^a Ana María Marina Medina y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de primera instancia consideró cumplido el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 7.2 LPH porque con fecha 23 de septiembre de 2010 se había requerido por la presidente de la comunidad de propietarios demandante a la arrendataria del local para que cesara de inmediato en la actividad molesta, consistente en asador de pollos, advirtiendo con el ejercicio de acciones judiciales previstas en la norma citada, y posteriormente se celebró Junta el día 16 de noviembre de 2010 donde se acordó interponer la demanda, decisión nuevamente corroborada en Junta de 16 de noviembre de 2011. Además, habían mediado múltiples denuncias administrativas y quejas de los vecinos, conocidas tanto por el propietario como por el posterior arrendatario, que incluso llevaron a cabo algunos actos de subsanación exigidos por el Ayuntamiento para solucionar las causas de los malos olores y calor, de modo que ambos eran plenamente conocedores de las molestias denunciadas y de la intención comunitaria de demandar. Rechazó igualmente la excepción de prescripción de la acción porque, además de estar sujeta al general de quince años por no existir uno en particular previsto, la molestia es un acto continuado que no ha dejado de producirse hasta la finalización del contrato después de iniciado el proceso en enero de 2014. Estima la pretensión de cese de actividad porque no se han cumplido por propietario y arrendatario la totalidad de las medidas decididas por el Ayuntamiento para solucionar las inmisiones de olor, ruido y calor, que persisten, al igual que la inseguridad en caso de incendio por la grasa acumulada dentro del shunt de ladrillo. A esos efectos constata, por la Pericial practicada, la inadecuación de la chimenea para la actividad desarrollada en el local por su altura, dimensiones, aislamiento y formación, refiriendo la ausencia de tubería de extracción de humos en el interior del shunt, defectos que permanecen y propician las inmisiones molestas en elementos comunes. Y a los mismos fines toma también en consideración que la comunidad demandante no ha impedido u obstaculizado los actos del propietario y el arrendatario tendentes a solucionar las causas de las emisiones, sin que haya requerimiento alguno por parte de aquéllos con presentación del proyecto a realizar. Estima

también la pretensión relativa a la privación de uso del local por un año debido a que el propietario manifestó en el acto del Juicio que su intención era volver a ponerlo en arrendamiento, sin descartar la actividad de asador de pollos, y sin adoptar más medidas para evitar las emisiones. Finalmente, estima parcialmente la pretensión indemnizatoria reduciéndola a 6.000€ por los tres años de molestias pasados desde que se efectuó el requerimiento hasta la terminación del contrato.

Recurre uno de los propietarios, D José Luis Marina Medina, alegando:

1. Reitera que no se ha cumplido el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 7.2 LPH porque no se ha requerido al arrendatario actual ni al propietario, sino a la anterior arrendataria, que ni siquiera ha sido traída al proceso.
2. Reitera la excepción de prescripción de la acción al entender que, siendo de responsabilidad extracontractual, el plazo es de un año contado desde el momento en el que el perjudicado tiene conocimiento del hecho.
3. Alega error en la valoración de la prueba porque el propietario no ha tenido ninguna participación en la actividad molesta realizada por los arrendatarios. Igualmente argumenta que no está demostrada la emisión de olor y calor a los vecinos de acuerdo con su propia valoración de la prueba.
4. Finalmente, considera desproporcionada la condena al pago de 6.000€, que califica de sanción, como también entiende improcedente la privación de uso por tiempo de un año, pues de ser condenado a algo debió serlo a realizar las obras necesarias que se requiriesen y, en su caso, a una indemnización más reducida.

SEGUNDO.— Con relación al primero de los motivos de apelación, compartimos y hacemos nuestros los argumentos de la Sentencia apelada.

El párrafo segundo del artículo 7.2 LPH (“*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.*”), es muy claro cuando dispone que el requerimiento debe hacerse a quien realice las actividades prohibidas, no al propietario, mientras que la demanda, según resulta de lo dispuesto en el último inciso del párrafo cuarto del mismo precepto (“*La demanda habrá de dirigirse contra el **propietario** y, en su caso,*

contra el ocupante de la vivienda o local.”), debe ser dirigida contra el propietario aunque no sea él el requerido. Por otro lado, la exigencia legal para entablar la acción sólo obliga a que el requerimiento se dirija contra el que realice la actividad molesta en el momento en que la comunidad está sufriendo sus consecuencias, y, de acuerdo con lo dispuesto en el tercer párrafo (“*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 la conducta persistiese, es decir, que continuara produciéndose la actividad molesta. Pero además, tal como resulta de las normas transcritas, si la identidad del infractor ha cambiado, el hecho únicamente condiciona la legitimación pasiva del ocupante, no la del propietario, que puede ser demandado sea quien fuese el arrendatario si la actividad molesta persiste. Consecuentemente la pretensión del recurrente debe ser desestimada, y ello con independencia de la legitimación del arrendatario, cuestión que no puede ser objeto de la contienda en esta segunda instancia al no tratarse de un hecho desfavorable que afecte al Sr. Marina, y en cuanto éste sólo está legitimado para recurrir aquello que a él le resulte desfavorable (art. 448.1 LEC), no lo desfavorable a otros, al no haberse recurrido ese particular pronunciamiento por el Sr. Hermer Coéllar.

TERCERO. – Con relación a la prescripción de la acción también procede desestimar el recurso.

El quinto párrafo del artículo 7.2 LPH (“*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*”) da la clave para entender su naturaleza. No consiste en la mera reparación de los perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia del autor, fundamento de la acción contemplada en el artículo 1.902 CC para la que el artículo 1.968, 2ª CC prevé el plazo de un año. Se trata de una acción específica incardinada en el ámbito del ejercicio del derecho compartido de propiedad, en el que la responsabilidad del propietario, en cuyo local tiene lugar la actividad prohibida, se objetiva prescindiendo de la culpa por primar frente a su interés particular el del conjunto de los

miembros de la comunidad. No es, además, una simple acción reparatoria del daño causado, aunque incluya ese componente, pues su finalidad esencial es el cese de una conducta concurrente en el momento de presentarse la demanda e impedir que continúe produciéndose en el futuro. Tales notas dotan a la acción de suficiente identidad propia para no asimilarla a la contenida en el artículo 1.902 CC ni, por tanto, reputar aplicable el plazo de un año de prescripción. De cualquier forma, al exigirse como presupuesto para su ejercicio que la actividad prohibida concurra en el momento de plantearse, la cuestión relativa a la prescripción de la acción resulta por completo irrelevante, pues el titular del derecho subjetivo no podría promoverla, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido, si la actividad molesta había cesado, de modo que posibles pretensiones dirigidas a obtener reparaciones de perjuicios consumados con el cese de la actividad no tendrían ya su fundamento en la acción del artículo 7.2 LPH, sino en el artículo 1.902 CC, cuyo plazo de prescripción se iniciaría a partir del cese de la actividad molesta.

CUARTO.- Como ya se ha explicado en el fundamento jurídico anterior, el fundamento de la acción contenida en el artículo 7.2 LPH está en preservar el interés comunitario frente al particular, y para ello objetiva la responsabilidad del propietario del piso o local donde se desarrolla la actividad prohibida, sea él o no quien de manera directa la realice, incluso con independencia de tener conocimiento de la misma. Así se advierte en el primer párrafo del precepto cuando dice: *“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 propietario, con independencia de utilizar o no por sí mismo la vivienda o local, tiene un vínculo contractual con los demás copropietarios que le obliga a usar o administrar sus bienes sin perjudicar al resto. Y si eso es así con carácter general, en mayor medida ocurre cuando por un acto de administración se ha cedido el local en arrendamiento, pues el responsable legal de la ejecución de las obras necesarias frente a terceros es el arrendador (artículos 21, 22 y 23 por remisión del 30, todos ellos de LAU 1994), con independencia que por contrato haya convenido que las haga el arrendatario, y en particular si afectan a los elementos comunes, donde el vínculo con la comunidad le convierte a él en el único responsable. Esa responsabilidad objetiva del propietario por los daños causados a consecuencia de humos, olores y ruidos se aprecia también en el artículo 1.908 CC, del que el artículo 7.2 LPH

aparece como una especialidad en el ámbito de la propiedad horizontal, más amplia, desarrollada y con una finalidad protectora del interés comunitario carente en la norma del Código Civil, que acentúa aún más el valor objetivista en su interpretación.

Por lo demás, resulta manifiesto y claro con la revisión de la prueba que en el momento de presentarse la demanda no había cesado la actividad molesta. El dato más significativo, puesto de relieve en la sentencia apelada, es el relativo a la extracción de humos. A tal fin, basta reiterar las observaciones y argumentos empleados por la Sra. Magistrado de primera instancia al analizar esa prueba y las demás practicadas, cuya valoración plenamente compartimos y hacemos nuestra, excepto en lo relativo a la inexistencia de tubería en el interior de shunt, pues está, aunque es insuficiente, como se puso de manifiesto en la prueba pericial. Y sólo por abundar más en ellas insistir en que, sean cuales fuesen los requerimiento técnicos y administrativos, lo cierto es que la causa generadora de los olores que penetran en diferentes estancias del inmueble no se ha solucionado, explicando uno de los testigos que participó en la realización de labores dirigidas a elaborar el Dictamen pericial, que el olor en el interior del falso techo era “nauseabundo”, y se propagaba por cualquier hueco. Conviene recordar a tales efectos que el objeto del litigio no consiste en determinar si la instalación de extracción de humos cumple o no las condiciones administrativas, sino examinar si existe una actividad molesta y que ésta está causada por el uso del local propiedad del demandado. En este sentido resulta de notable claridad la explicación dada en el acto de la vista del Juicio por el Perito autor del Dictamen cuando, tras referir el fuerte olor percibido por él en el portal y la planta primera, afirma para dar una explicación causal: “*se ha metido la chimenea de un asador de pollos por una mocheta de ladrillo que da al interior de las viviendas*”, lo cual explica que se transmitan a éstas calor, ruido y olor. En definitiva, cuando se hizo el edificio se hizo una mocheta de ladrillo por donde discurre la chimenea sin saber cuál era la actividad a la que iba a ser destinada el local, siendo la existente inadecuada para la salida de humos de un asador de pollos por la cantidad de calor y olor desprendido, situación que persiste, recomendando como solución para evitarlo dar salida a los humos por medio de otra chimenea creada al efecto, de mucho más calibre, y situada por el exterior, no en el interior del shunt.

QUINTO. – La sentencia de primera instancia fijó las consecuencias en función de lo que expresamente se permite en el párrafo quinto del artículo 7.2 LPH, donde no está prevista la

condena al propietario o causante de la actividad molesta de llevar a cabo obras encaminadas a evitar las inmisiones de olor, calor y ruido. La finalidad de la norma es lograr el inmediato cese de la actividad molesta, de modo que una vez conseguido ese objetivo, la manera de subsanar las causas de las molestias forma parte de un conjunto de obligaciones ajenas al ámbito de la acción ejercitada.

Dentro del objeto del litigio se encuentra también el resarcimiento de perjuicios cuando estos se hubieran efectivamente causado, perjuicios derivados por lesiones a bienes de la personalidad en cuanto afectan al bienestar de los vecinos, conceptuado como daño moral. Evaluar la indemnización en tales casos está sujeto a una valoración de equidad y ponderación, desarrollada por la Sra. Magistrado de primera instancia de modo adecuado y teniendo en cuenta todas las circunstancias en juego, en particular la molestia sufrida a lo largo de los últimos años.

Por último, con relación a la privación de uso durante un año, es una medida adecuada para asegurar la definitiva terminación de la acción molesta ante la voluntad expresada por el demandado de volver a arrendar el local como asador de pollos sin que conste clara voluntad de solucionar por su parte las causas de las molestias.

SEXTO.- Considerando lo dispuesto en el artículo 398 LEC, y vista la desestimación del recurso, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a María Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. JOSÉ LUIS MARINA MEDINA contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a. Instancia n^o 44 de Madrid de fecha 28 de abril de 2014 en autos n^o 1394/2012 **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la misma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada, y pérdida del depósito constituido.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0685-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.