



Roj: **SAP TF 2294/2008 - ECLI: ES:APTF:2008:2294**

Id Cendoj: **38038370032008100449**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **24/07/2008**

Nº de Recurso: **494/2008**

Nº de Resolución: **388/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PADILLA MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA NÚM. 388/2008**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D<sup>a</sup>. Pilar Muriel Fernández Pacheco

Magistrados: D<sup>a</sup>. Carmen Padilla Márquez (Ponente)

D<sup>a</sup>. María Luisa Santos Sánchez

En Santa Cruz de Tenerife, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados, en grado de apelación, el recurso interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Güimar, en autos de Juicio Ordinario nº 493/2006, seguidos a instancias de la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Margarita Martín González bajo la dirección indistinta de los Letrados D. Daniel Luis Rodríguez y/o D. Javier Cenzual Miñano en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del Edificio DIRECCION000 , contra Invergil Tenerife S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rita Rodríguez Dorta, bajo la dirección del Letrado D. Luis Tallo Cabrera, Pizzería Mamma Elena S.L.U., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rita Rodríguez Dorta, bajo la dirección del Letrado D. Francisco Javier Sosa León, y contra Explotaciones de Restauración de Canarias S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rita Rodríguez Dorta, bajo la dirección del Letrado D. Roberto Elices Palomar; han pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la presente Sentencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Padilla Márquez, Magistrado de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con base en los siguientes,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En los autos y por el referido Juzgado se dictó Auto de fecha veinte de septiembre de dos mil siete, cuya parte dispositiva, -literalmente copiada-, dice así: "DECRETO EL SOBRESEIMIENTO PARCIAL DE LA CAUSA, EN SOLA RELACIÓN A PIZZERÍA MAMMA ELENA S.L.U.".

Dictándose Sentencia con fecha cuatro de octubre de dos mil siete , cuya parte dispositiva, -literalmente copiada-, dice así: "DESESTIMO LA DEMANDA presentada por la Comunidad de Propietarios del Edificio DIRECCION000 .

ESTIMO LA RECONVENCIÓN presentada por Invergil Tenerife SL, en consecuencia,

DECRETO LA NULIDAD del acuerdo adoptado a propósito del punto segundo del orden del día de la junta general ordinaria de la comunidad de propietarios el DIRECCION000 con fecha 26 de noviembre de 2004,

CONDENO a la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 al abono de la totalidad de las costas causadas en el presente proceso."



Aclarándose el auto de sobreseimiento por auto de fecha veintitres de octubre del mismo año, cuya parte dispositiva dice: " SUBSANO LA SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2007 , en el sentido de que en el pronunciamiento sobre costas ha de tenerse a la demandante, comunidad de propietarios del DIRECCION000 , como condenada al abono de las costas causadas en relación con la entidad mercantil Pizzería Mamma Elena SLU, hasta el trámite de audiencia previa."

SEGUNDO.- Notificadas ambas resoluciones a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante tanto contra el auto, como contra la sentencia; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , presentando escritos de oposición los contrarios, y remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, y se designó como Ponente a la Ilma. Sra. Magistrado D<sup>a</sup>. Carmen Padilla Márquez; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes Aranz de la Cuesta, bajo la dirección del Letrado D. Daniel Luis Rodríguez, los apelados, Invergil Tenerife, S.L. se personó por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Lage Martínez, bajo la dirección del Letrado D. Luis Tallo Cabrera, Pizzería Mamma Elena S.L., se personó por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Lage Martínez, bajo la dirección del Letrado D. Francisco Javier Sosa León, y Explotaciones de Restauración de Canarias, se personó por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Paloma Aguirre López bajo la dirección del Letrado D. Roberto Elices Palomar; señalándose para votación y fallo el día veintiuno de julio del corriente año.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales que le rigen.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En la demanda por la actora, Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 , se ejerce acción de **cesación**, al amparo del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal , contra el propietario y los arrendatarios de los locales NUM000 , NUM001 y NUM002 del citado edificio. Opuestos los codemandados a la demanda, el demandado, dueño de los locales, formula reconvenición a fin de que se declare la nulidad de la Junta General Ordinaria celebrada por la Comunidad actora el 26 de Noviembre de 2004. Tras la celebración de la Audiencia Previa, en la que se acordó quedar los autos conclusos para sentencia, se dictó auto de fecha 20 de Septiembre de 2007, por el que se acordó el sobreseimiento de las actuaciones respecto de la codemandada Pizzería Mamma Elena S.L.U., por considerar que la demanda dirigida frente a la misma no cumplía con los requisitos de procedibilidad exigibles al caso, según lo denunciado por la codemandada. Posteriormente con fecha 4 de octubre de 2007 dictó sentencia en la que se desestimaba la demanda por no concurrir en la misma los requisitos previos establecidos en la ley para el ejercicio de la acción entablada, y se estimaba la reconvenición declarando la nulidad radical de la junta impugnada. Instada aclaración del auto de sobreseimiento por la demandada, se formuló aclaración al mismo por auto de complemento de sentencia de fecha 23 de Octubre de 2007 , condenando a la actora al pago de las costas generadas a la demandada respecto de la que se había sobreseído la litis.

Por la actora, Comunidad de Propietarios, se recurre tanto el auto de sobreseimiento, como la sentencia dictada, manteniendo sus pretensiones tanto en relación a la demanda como a la reconvenición, y alegando el cumplimiento de los requisitos previos a la acción, su legitimación, y el cumplimiento de los requisitos necesarios para la validez de la junta, invocando, en todo caso, la caducidad de la acción de impugnación. Solicitando, finalmente, que no se le impusieran las costas. Los codemandados se opusieron a los recursos.

SEGUNDO.- Examinados conjuntamente, para una mayor claridad, los motivos referidos a la desestimación de la demanda, tanto mediante el auto de sobreseimiento, por falta de requisito de procedibilidad, en relación a la Pizzeria Mamma Elena, como la sentencia, por falta de legitimación al no haberse cumplido los requisitos para el ejercicio de la acción, en relación a los otros codemandados, procede la confirmación de la resolución recurrida.

Establece el apartado 2 del Art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal , que regula la acción de **cesación** ejercida por la actora: "2. Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata **cesación** de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes. Si el infractor persistiera 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".

En aplicación de tal precepto la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales ( Segovia de 20-7-2007, o Madrid de 6-6-2006) ha venido manteniendo que tanto la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor, como la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, son requisitos de procedibilidad de la demanda; y que los mismos debe quedar acreditado haberse realizado de conformidad a lo establecido en el precepto para que la acción pueda prosperar.

En el presente caso, si bien no cabe negar la reiteración de la Comunidad en denunciar las molestias que ocasionan los negocios que ocupan los locales de los codemandados (como propietario o arrendatarios), no lo es menos que no se ha cumplido el precepto legal ni en tiempo ni en forma. Debe así mantenerse que no sólo el requerimiento ha de hacerlo el Presidente de la Comunidad - pues ésta no es una persona jurídica que puede otorgar su representación a cualquiera y la validez de sus actos está vinculada al cumplimiento de las formalidades legales establecidas por la norma que los regulan- sino, y quizás sea el defecto más relevante, que, " tras el citado acto", el requerimiento, sí es preceptivo la celebración de una junta " convocada al efecto", en la que se autorice expresamente el ejercicio de la acción. En tal sentido sin que en ninguna de las actas, aportadas a los autos, aparezca una junta en cuyo orden del día se especificara como punto a debatir el ejercicio de la acción entablada frente a los codemandados, cabe mantener el defecto estimado por la resolución de instancia. Debiendo, también, estimarse improcedente la autorización al administrador para que ejercitase la acción.

En consecuencia, no habiéndose cumplido por la Comunidad actora los requisitos previos a la formalización de la demanda es por lo que procede la desestimación de la misma.

TERCERO.- En relación a la reconvencción, examinadas las pruebas practicadas, documentales, procede la revocación de la resolución recurrida. Efectivamente no existe un recibo o resguardo, o certificado, que acredite la efectiva citación del codemandado, propietario, a la Junta impugnada, sin embargo, visto el listado de asistentes presentes en la reunión, no puede aceptarse la manifestación del demandado que ni él ni ningún propietario de local fuera citado a la misma, es más consta que alguien se presentó en representación del arrendatario, Pizzería Mamma Elena, lo que conlleva que al menos al reconviniente se le citó en el citado local de su propiedad. De igual forma queda acreditado que al reconviniente se le notificó el contenido de la Junta, tal como el mismo interesado reconoce, en las Diligencias Preliminares nº 4/2006 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Güímar, cuyo acta data de 31 de marzo de 2006. En consecuencia con todo ello, y dado que el motivo de impugnación es la no citación ni notificación al reconviniente, como causa además generadora de la inexistencia de unanimidad, no puede apreciarse la existencia de la nulidad invocada, pues el reconviniente fue citado a la Junta, aunque no compareció, y se le notificó el acta, en el que consta la unanimidad de los presentes, no existiendo, por otro lado, prueba de la impugnación del citado acta por alguno de los ausentes, por lo que no se dan los motivos de nulidad alegados, debiendo desestimarse la reconvencción.

CUARTO.- En relación a las costas de la primera instancia, dada la desestimación de la demanda procede la condena en costas de la actora a las generadas por su pretensión en la primera instancia. Desestimada la reconvencción procede la condena del reconviniente al pago de las costas generadas por la misma. Todo ello de conformidad al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sin que quepa apreciar motivo de duda de hecho o de derecho, que justifique la no aplicación del principio general establecido en el precepto.

QUINTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación, con relación sólo a la reconvencción, procede la condena en costas del recurrente por los gastos generados por su recurso frente al auto y frente al pronunciamiento estimatorio de la demanda, no procede la condena del recurrente al pago de las costas de esta alzada por el recurso formulado con relación a la reconvencción ( art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

## FALLO



1º.- Estimar parcialmente los recursos de apelación formulado por la Procuradora Dª Ana Margarita Martín González en nombre y representación de la Comunidad de propietarios del DIRECCION000 .

2º.- Confirmar el auto de fecha 20 de Septiembre de 2006, aclarado el 23 de octubre del mismo años, ambos dictados en autos de juicio ordinario nº 493/2006 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Güimar.

3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 4 de Octubre de 2007 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Güimar en Autos de Juicio Ordinario nº 493/2006.

4º.- Desestimar la reconvencción formulada por la Procuradora Dª Rita Rodríguez Dorta en nombre y representación de Invergil Tenerife S.L.

5º.- Absolver a las actora de las pretensiones deducidas en su contra.

6º.- Condenar al reconviniente al pago de las costas generadas en la primera instancia por su reconvencción.

7º.- mantener el resto de la resolución.

8º.- Condenar al recurrente al pago de las costas generadas, en esta alzada, por sus recursos frente al pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandados y firmamos.

PUBLICACION.- Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-