



Roj: **SAP MA 232/2006 - ECLI: ES:APMA:2006:232**

Id Cendoj: **29067370062006100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **11/01/2006**

Nº de Recurso: **868/2005**

Nº de Resolución: **11/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA INMACULADA SUAREZ-BARCENA FLORENCIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA.SECCION SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE MARBELLA

JUICIO ORDINARIO Nº 757 /03

ROLLO DE APELACION CIVIL Nº 868/05

SENTENCIA Nº 11/06

Illmos. Sres.

Presidente D.ANTONIO ALCALA NAVARRO

Magistrados:

D. JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ

Dª. INMACULADA SUAREZ BARCENA FLORENCIO

En la ciudad de Málaga a once de Enero de dos mil seis

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario nº 757/03 , procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Marbella , sobre condena de hacer y acción de **cesación** , seguidos a instancia de la DIRECCION000 , representada por el Procurador Don José Manuel Rosa Sánchez y defendida por la Letrada Doña Pilar Rosas Llaveró, contra la entidad "Se venden locales S.L", D. Ricardo , Dª. Flora , Hmami Hijos S.L y contra la entidad Al-Hamwi Safadi, S.L., representada ésta última en el recurso por la Procuradora Doña Mª Gracia Conejo de Castro y defendida por el Letrado Don José Francisco Ruiz Martínez , pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada en el citado juicio, que también ha sido impugnada por el demandado Al-Hamwi Safadi S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Marbella dictó sentencia de fecha 18 de Abril de 2005 en el juicio ordinario nº 757/03 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la DIRECCION000 debo condenar y condeno a Se venden locales S.L., D. Ricardo , Dña. Flora , Hamwi Hijos S.L. y Al - Hamwi Safadi S.L, a retirar de la parte inferior del voladizo del DIRECCION000 cuantos elementos ajenos a la comunidad demandante hayan sido instalados y a restaurar las lamas a su estado primitivo, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y a las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el actor, habiendo sido también impugnada por el demandado Al-Hamwi Safadi, S.L , los cuales fueron admitidos a trámite y, sus fundamentaciones impugnadas de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al



no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 11 de Enero de 2006, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. INMACULADA SUAREZ BARCENA FLORENCIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos de juicio ordinario nº 757/03, seguidos en el juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Marbella a instancia de C. DIRECCION000 , frente a la entidad "Se venden locales S.L", Al- Hamwi Safadi S.L, D. Ricardo , D^a. Flora y la Mercantil Hmami Hijos S.L, en ejercicio de acción de **cesación** de actividades molestas e insalubres al amparo del artículo 7.2 de la L.P.H y de restauración de elementos comunitarios a su estado originario, en fecha 18 de Abril de 2005, se dictó sentencia, cuyo fallo estima parcialmente la demanda rectora de la litis, condenando a Se venden locales S.L, D. Ricardo , D^a. Flora , Hmami Hijos S. l y a la entidad Hamwi Safadi S.L a retirar de la parte inferior del voladizo del DIRECCION000 cuantos elementos ajenos a la comunidad demandante hayan sido instalados y a restaurar las lomas a su estado primitivo debiendo cada parte abonar las costas causadas, a su instancia y las comunes pro mitad y, en consecuencia desestima la acción de **cesación**.

Frente a esta sentencia se alza en Apelación la representación procesal de la DIRECCION000 , siendo, igualmente impugnada por Al-Hamwi Safadi S.L.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, con acierto, analiza y concluye que la primera de las acciones ejercitadas en la demanda frente a los demandados, en su condición , algunos de propietarios y otros de explotadores, de los locales número 1,2 y 3 del edificio Imperator, es la de **cesación** prevista en el artículo 7.2 de la L.P.H , alegando el actor que están siendo destinados por sus explotadores, con el consentimiento y beneplácito de los propietarios, a bar con servicio de cocina, pese a no estar provistos, dada su configuración y proyecto, de una conducción interna para la evacuación de humos, provocando emanaciones de humos que suben hasta las viviendas haciendo imposible la habitabilidad de las mismas. Por la parte demandada comparecida, frente a dicha pretensión se alegó, la improcedencia de la misma al no cumplirse los requisitos que exige el artículo 7 L.P.H es decir falta de convocatoria de la junta de propietarios al efecto y falta de notificación de la misma mediante entrega de la certificación correspondiente, oposición esta que fué estimada en la sentencia recurrida, y frente a ello, el apelante pretende su revocación insistiendo en que se han cumplido los requisitos de procedibilidad que para el ejercicio de la acción de **cesación** exige el artículo 7.2 de la L.P.H .

Con estos antecedentes y sentado y aceptado por las partes que nos encontramos ante una acción de **cesación** instaurada por la normativa en materia de propiedad horizontal, tenemos que la estimación pasa por la concurrencia de los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 7-2 de la L.P.H : a) que el presidente de la Comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los comuneros u ocupantes, haya requerido a quien realice las actividades prohibidas la inmediata **cesación** de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales pertinentes. B) que la junta de propietarios, expresamente convocada al respecto, autorice al presidente a entablar la acción de **cesación** contra el infractor. El legislador impone así un plus para el ejercicio de esa acción, lo cual es lógico si tenemos en cuenta la trascendencia de las consecuencias que puede llevar aparejado su ejercicio (privación del uso) y por ello se exige un acuerdo expreso de la junta de propietarios debidamente convocada al efecto, excluyendo así que un comunero actúe por sí o en defensa de la comunidad, y que el presidente haya requerido a la persona que realice la actividad para que cese inmediatamente en ella, con expreso apercibimiento de emprender las acciones judiciales correspondientes. Púes bien, en el caso de autos, la juzgadora a quo ha concluido que de la prueba obrante en los mismos resulta que no se cumplen los citados requisitos que impone el artículo 7.2 L.P.H y esta Sala, tras la función revisora del material probatorio practicado, propio de esta alzada, no puede sino compartir el criterio de la juzgadora a quo, resultando que su valoración de las pruebas al respecto, no ha resultado ni ilógica, ni irracional, y, por tanto, ha de ser respetado en esta alzada. La parte apelante pretende acreditar el cumplimiento del requisito del requerimiento al que realice la actividad, para la inmediata **cesación** de la misma con apercibimiento de iniciar la acción de **cesación**, en las denuncias efectuadas por la comunidad ante el negociado de industria del Ayuntamiento de Marbella, que motivaron que el citado organismo, in situ, realizando una inspección, requiriese a los hoy demandados para la **cesación** de la actividad que venían desarrollando, y que al hacer caso omiso se iniciara un expediente sancionador, como resulta de los documentos 5,6 y 7 a mayor abundamiento, el administrador de la comunidad, se dirigió a los mismos (documentos 8 y 10) para que cesaran en la actividad de cocina y desistalaran el sistema filtronico, pero lo cierto y verdad es que las denuncias y el procedimiento sancionador a que dieron lugar, no pueden considerarse el equivalente del requerimiento que ha de hacer el presidente de la comunidad a quien realice la actividad para el cese inmediato de la misma, en primer lugar



porque lo que resulta de los documentos 5, 6 y 7 de la demanda, y que quién requirió para el cese de la actividad, no es la comunidad a través de su presidente, como exige la ley, sino la administración y, en segundo lugar, porque aún cuando pudiera equipararse el requerimiento efectuado por la administración al que ha de efectuar el presidente de la comunidad conforme a la ley, también, el precepto legal citado impone que se aperciba al requerido que realiza la actividad, de iniciar en el supuesto de ignorar el requerimiento, las acciones judiciales procedentes, es decir, la acción de **cesación** de la actividad, y este apercibimiento que ha de hacerse a los demandados, en cualquier caso, en el supuesto de autos, nunca se ha producido, ni siquiera así resulta de los documentos nº 8 y 10 de la demanda, pues ni van dirigidos a todos los propietarios o explotadores de los negocios afectados, ni tampoco hay constancia fehaciente de su recepción por todos los afectados, lo cual no puede considerarse cumplido el primero de los requisitos exigidos por la Ley para la acción de **cesación**, sin que en esta materia se pueda efectuar una interpretación amplia o extensiva como pretende la parte apelante, dadas las graves consecuencias que pueden derivarse para los propietarios u ocupantes de los locales y, por tanto, el examen del cumplimiento de los requisitos legales citados se ha de efectuar con minuciosidad y con carácter restrictivo. Pero aún más, de la documentación aportada por la actora y de los testimonios prestados, tampoco resulta acreditado el cumplimiento del segundo de los requisitos exigidos por la ley para la acción de **cesación**, es decir, tampoco resulta acreditado que el presidente fuera autorizado expresamente para su ejercicio por la junta de propietarios debidamente convocada al efecto, así de la documentación aportada y de las testificales no resulta probado cumplidamente que se convocara junta de propietarios alguna tendente a autorizar al presidente de la comunidad para el ejercicio de la acción de **cesación**, y resulta obvio que el acuerdo adoptado en la junta celebrada en 2 de agosto de 2002, sin incluirse en el orden del día como exige en la ley, y metido con calzador en el apartado ruegos y preguntas, no es suficiente a los efectos exigidos por la ley, ya que la citada junta no fue convocada fijándose en el orden del día este asunto concreto a tratar, es decir, la autorización del presidente para entablar la acción de **cesación**, y además en el acuerdo adoptado tampoco se autoriza expresamente al presidente para el ejercicio de la acción de **cesación**, pues lo único que se acordó, es literalmente: " se pide que se haga un seguimiento a las demandas que se han presentado en el M-I Ayuntamiento de Marbella contra los olores producidos por los bares colindantes al portal del edificio ." documento nº 13 de la demanda). Este defecto no puede entenderse subsanado como pretende la parte apelante, por el hecho de que se haya convocado una junta de propietarios posterior a la presentación de la demanda, en la cual, en el punto 3 del orden del día se incluía la ratificación de las acciones legales emprendidas contra los hoy demandados, pues lo que exige la ley es que el requisito de procedibilidad referido esté cumplido previamente a la interposición de la demanda, sin que la ley permita subsanaciones posteriores, pues no se trata de un mero defecto de forma, sino del incumplimiento de un requisito de procedibilidad, pero es que, además, y a mayor abundamiento, ni del acta de la junta celebrada en 17 de agosto de 2003, ni de la celebrada en 18 de agosto de 2004, aportadas por la actora en el acto de la audiencia previa, resulta tal autorización expresa para proceder judicialmente, ya que el orden del día, no incluía tal ratificación, sino solo "informe sobre la situación de los demandas puestas a los locales C-1 y C-2", y en cualquier caso, cualquier acuerdo tomado bajo la rúbrica citada del orden del día, no puede servir para subsanar el incumplimiento al tiempo de la demanda, de un requisito de procedibilidad legalmente exigido, razones todas ellas conducentes a la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto a este particular y, consiguientemente, a la desestimación del recurso de Apelación.

TERCERO.- El demandado comparecido Al Hamwi Safadi S.L, impugna, a su vez, la sentencia dictada en la instancia, en cuanto le condena a reponer a su estado original unas lamas existentes en el voladizo o soportal de la fachada del edificio y a retirar el depurador de aire instalado bajo dichas lamas. En primer lugar entiende que la juzgadora de instancia razona, en el fundamento de derecho tercero, que el titular del negocio denominado El Rey del bocadillo, modificó las lamas exteriores que se hallaban instaladas en los elementos comunes del inmueble sustituyéndolas por brezo, pero sin embargo, no dice que el apelante Al Hamwi Safadi S.L, titular del negocio denominado Shess Kebab realizara modificación alguna en dichas lamas, no obstante lo cual, se le condena a reponerlas a su estado original, cuando entiende que de las fotografías números uno y dos incorporados al acta notarial aportada por la actora, se colige que de los casi cien metros de fachada del edificio, el único lugar en el que las lamas se encontraban en buen estado, eran precisamente el correspondiente a su negocio, porque el se había preocupado de ello y que por ello, y sin perjuicio de los pronunciamientos que sobre el particular procedan respecto al resto de los codemandados, no puede él resultar destinatario de dicha condena y debiendo procederse a la revocación de la sentencia en cuanto a este particular. Respecto a esta cuestión hay que decir que si bien las lamas han sido quitadas por la Comunidad, constante la litis, es porque su mal estado entrañaba peligro para terceros y así resulta tanto de las fotografías incorporadas al acta notarial, como del informe del perito judicial y ese mal estado era debido tanto al hecho de que uno de los explotadores de los locales, hoy demandado, había cambiado una parte de las mismas por brezo, como el hecho de haber sido manipuladas por otros, entre los cuales se encuentra el impugnante, para colocar elementos en su interior, y así la parte hoy impugnante, instaló bajo dichas lamas un sistema



depurador de aire, sin contar con el consentimiento de la comunidad, por lo que cabe concluir que la reparación efectuada por parte de la comunidad, lo fue para evitar males mayores que pudieran ocurrir a terceros durante la pendencia del proceso, y sin que ello impida la ejecución de la sentencia, pues el gasto efectuado por la comunidad para la reparación llevada a cabo se podría repercutir en los comuneros demandados que provocaron la rotura. De las fotografías aportadas por la actora, incorporadas al acta notarial, resulta un evidente mal estado de las lamas, muchas de las cuales aparecen rotas, evidentemente por manipulación de las mismas, y en una parte del voladizo sustituidas por brezo, mal estado que también afecta a la parte de voladizo situado sobre el local que explota el hoy impugnante, por mucho que el citado manifieste lo contrario, y lo cierto es que dichas lamas, en la citada parte de voladizo situada sobre el local del impugnante, fueron manipuladas para colocar el depurador de humos, y así resulta de las fotografías citadas y del informe pericial de Don Marco Antonio , en el cual, hay un reportaje fotográfico en el que se ven dichas lomas deterioradas y rotas, y en el acto del juicio el perito explicó que el filtronic está instalado entro de las lamas y para mantener dicha instalación, mantenimiento indispensable para asegurar un buen funcionamiento, es preciso desmontar la cornisa para cambiar los filtros al menos cada cuatro o seis meses, lo que implica una manipulación reiterada de la zona, de lo cual se puede colegir fácilmente que la parte hoy impugnante contribuyó al mal estado de las citadas lamas y de ahí que resulte acreedor de la condena impuesta en la sentencia, junto al resto de los demandados, de contribuir a reponer a su estado original las lomas existente en el voladizo.

CUARTO.- En cuanto ala condena de la parte impugnante a retirar el depurador de aire que ha instalado bajo las lomas del voladizo, resulta clara la procedencia del pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre el particular, por cuanto que el citado voladizo es un elemento común, y en los elementos comunes los comuneros no pueden efectuar alteración alguna, salvo que cuenten con la autorización de la comunidad para ello y en el caso de autos, acreditado que el impugnante ha verificado la instalación del aparato para la evacuación de humos, bajo las lomas del voladizo de la comunidad, debió el mismo acreditar que contaba con el consentimiento de la comunidad para ello, acreditación que no ha efectuado, por lo que no cabe duda y así se colige de lo actuado, que carece de dicho consentimiento y ello basta para obligarle y condenarle a la retirada de dicho sistema, por conculcar el contenido del artículo 12 L.P.H , y 7 del mismo texto legal , pues la instalación efectuada no cabe duda que supone la alteración de un elemento común, en el caso de autos el voladizo existente sobre la zona de acceso a los locales, sin que puedan los comuneros disponer de la cubierta de los edificios para uso privado, para obras y alteraciones en la misma o cualquier otro uso particular y sin que frente a ello se pueda oponer que otros comuneros han instalado bajo las lamas del voladizo los aparatos de aire acondicionado, con lo cual si se le obligara a retirar el sistema de depuración de humos, se produciría un agravio comparativo, porque, en primer lugar, la igualdad, que es en definitiva lo que alega el impugnante, se puede oponer frente a la legalidad, no frente a la ilegalidad y, en segundo lugar, porque los aparatos de aire acondicionado no son objeto de este procedimiento y, en cualquier caso, podría la comunidad dirigirse frente a los comuneros que hayan instalado todos los aparatos, en defensa de sus derechos. Por todo lo expuesto, procede, en definitiva, desestimar la impugnación y confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

QUINTO.- Conforme a los artículos 398.1 y 394.1 ambos de la LEC , ante la desestimación del recurso de Apelación y de la impugnación, las costas de esa alzada correspondientes al recurso de Apelación han de ser impuestas a la parte apelante y las de la impugnación al impugnante.

Vistos los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

FALLAMOS:

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la comunidad de propietarios del edificio Imperator y desestimar, así mismo, la impugnación formulada por la representación procesal de Al Hamwi Safadi S.L, ambos frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de 1ª Instancia nº 2 de Marbella en los autos de juicio ordinario nº 757/03 a que este rollo se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte apelante de las costas procesales de esa alzada correspondientes al recurso de Apelación y al impugnante las de la impugnación.

Devuélvase los autos originales con certificación de esta sentencia, al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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