



AP Madrid, Sec. 25.^a, 160/2016, de 29 de abril

Referencia: SP/SENT/862456

Recurso 343/2015. Ponente: JOSE MARIA GUGLIERI VAZQUEZ.

EXTRACTOS

- **Que se cuente con la licencia de actividad para el ejercicio de la actividad comercial en el local no implica que la comunidad deba soportar los altos niveles de ruido que esta provoca y que supera los índices de tolerancia considerados normales**

"... Para el apelante Sr. Ezequiel la autorización de la actividad por cumplir los requisitos administrativos desautoriza el valor probatorio de las denuncias de los vecinos aunque admite que la licencia no garantiza la ausencia de molestias. El orden cronológico de hechos que expone hace hincapié en el cumplimiento de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano a fecha 15 de Octubre de 2011, quejas, reuniones y el requerimiento de medidas correctoras para evitar ruidos en horario nocturno. En cuanto a la declaración del Ingeniero Municipal D. Cirilo destaca que no recibió informes positivos de medición de ruido y la imposibilidad de incumplimiento de la normativa de impacto porque no existe.

Hasta aquí, lo cierto es que su valoración se centra en el cumplimiento de los requisitos administrativos pero en realidad la cita del interrogatorio del técnico municipal solo contempla esos aspectos, sin tener en cuenta la distinción entre el ámbito administrativo y el jurídico privado, este último sobre el que se proyecta la acción ejercitada. ..."

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLAMOS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 06 de Parla se dictó Sentencia de fecha 10 de marzo de 2015 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"ESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña María del Prado Prieto Navarro en nombre y representación de la mancomunidad de propietarios Residencial DIRECCION000 , sita en la CALLE000 nº NUM000 de Parla contra AFISA CRF, S.A. y Don Ezequiel y declaro que la actividad de Bar Restaurante Los Verdes que se viene

desarrollando por el codemandado Don Ezequiel en los locales de la mancomunidad demandante propiedad de la codemandada Afisa, CEF, S.A., incumple lo establecido en el art. 7.2 de la LPH por tratarse de una actividad dañosa, peligrosa, incómoda, insalubre o ilícita, por lo que procede acordar el cese de la actividad por el plazo de tres años, declarando la resolución del contrato de arrendamiento y el lanzamiento de la parte arrendataria.

Se imponen a la parte demandada el pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte codemandada D. Ezequiel y por la otra parte codemandada AFISA CEF, SA., que fueron admitidos; la parte demandante presentó escrito de oposición a los recursos de apelación formulados de contrario y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 10 de diciembre de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso no se ha observado el plazo para dictar sentencia por la acumulación de asuntos cuyo volumen y complejidad requiere un dilatado período de tiempo para su examen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Ezequiel alega omisión de la valoración de la prueba propuesta y practicada, siendo insuficiente la apreciada en la sentencia recurrida; considera incumplidos los requisitos formales para el ejercicio de la acción de cesación prevista en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal al no haber requerimiento fehaciente del Presidente, autorización de la Junta ni certificación de lo acordado y tampoco la demandante ha probado los hechos de su pretensión mientras que la demandada probó los hechos impositivos: se otorgó licencia de funcionamiento el 3 de Octubre por cumplir los requisitos administrativos (declaración del Ingeniero Municipal). Los ruidos no son de la actividad y aporta datos del expediente administrativo en lo referente a la transmisión de ruido aéreo, testificales y reuniones, no existiendo incumplimiento de la normativa de impacto por falta de regulación ni expediente sancionador al ser negativas las mediciones salvo una que fue errónea citando las del expediente administrativo 2, las intervenciones de la Policía Local de Parla y la ausencia de sanciones al bar Los Verdes por quejas sobre molestias con las correspondientes resoluciones. Impugna la valoración del informe pericial de la demandante, perito Sr. Jose Ángel , y destaca el informe pericial emitido por D. Luis Miguel .

Respecto de los olores no hay prueba alguna; tampoco de la manipulación de contadores que afecte a la Mancomunidad, humedades o instalación irregular de la terraza por lo que es improcedente la sanción de cesación del art. 7.2 LPH .

SEGUNDO .- A su vez, AFISA CEF, S.A. alega en su recurso de apelación error en la apreciación de la prueba con vulneración del art. 7.2 LPH por incumplimiento de requisitos de procedibilidad sin que los docs.55, 71 y 98 acrediten su observancia con detalle de sus respectivos contenidos. Tampoco se ha acreditado la existencia de una actividad prohibida en los estatutos, dañosa, molesta, insalubre, nociva o peligrosa sin que basten meras denuncias sin comprobación objetiva. Se remite a los expedientes administrativos del Ayuntamiento de Parla (Tomo II) defectuosamente ordenados y subsidiariamente plantea la incongruencia de la sentencia incluso en su proceso interno.

TERCERO .- Expuestos los enunciados de los respectivos recursos de apelación, los dos pueden resolverse conjuntamente pues ambos plantean en primer lugar los requisitos formales para el ejercicio de la acción de cesación prevista en el art. 7.2 LPH y en segundo término el examen de los elementos de fondo impugnando en cada caso la apreciación de la prueba practicada y recogida en la sentencia apelada. Sobre la primera cuestión y a título de recordatorio debe exponerse a grandes rasgos la doctrina muy repetida en cuanto a estos requisitos que por ejemplo

contiene la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 17 de Febrero de 2016 del siguiente tenor:

"TERCERO.- El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone 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, pudiendo la Comunidad de Propietarios ejercitar ante la vulneración de aquella disposición una acción de cesación definitiva de la actividad prohibida así como la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años frente a su propietario, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad, pero el ejercicio de estas acciones precisa un previo requerimiento al propietario para la inmediata cesación de las actividades prohibidas, bajo el apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, y la autorización posterior de la Junta de Propietarios para el ejercicio de la acción de cesación. De este modo claramente se establecen dos requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción de cesación, sin cuya concurrencia no puede ser deducida. En primer lugar, un requerimiento de inmediata cesación de la actividad bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales, hecho por el Presidente de la comunidad a quien realice la actividad. Y, en segundo lugar, un acuerdo de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, autorizando el ejercicio de la acción de cesación. Pero es que además se establece un orden temporal para la concurrencia de ambos requisitos. Así deberá hacerse en primer lugar el requerimiento y, tan solo en el caso de que no fuera atendido (en el plazo fijado en el requerimiento o en el que prudencialmente proceda), tras constatarse la persistencia en la actividad, deberá adoptarse el acuerdo autorizador en la Junta de propietarios, previamente a la presentación de la demanda deduciendo la acción de cesación (entre las más recientes de esta Audiencia Provincial, las sentencias de la sección 21ª, de 26 de marzo de 2013, y de la sección 10ª, de 24 de octubre de 2012 y todas las que en esta última se citan).

El requerimiento cobra en el ejercicio de esta acción singular importancia, pues la finalidad del mismo es obviamente evitar el pleito, bien porque la requerida se avenga sin paliativos a las exigencias de la Comunidad requirente llevando a cabo las actuaciones precisas que signifiquen la cesación, -en este caso de las molestias derivadas del ruido-, bien porque con motivo del requerimiento las partes lleguen a una solución transaccional. Para que esta finalidad pueda cobrar realidad, es preciso, de un lado que el requerimiento llegue a los destinatarios, que no son otros que los infractores y de otro, que se otorgue a los requeridos un plazo razonable para llevar a cabo las actuaciones necesarias para eliminar las molestias. Se trata de un requerimiento del que se espera respuesta, su finalidad, según lo razonado, lo aleja de aquéllos que supongan una mera formalidad. De ahí, que haya de extremarse el celo para que sea realmente recibido por su destinatario, estableciendo a continuación, según se conteste o no, un plazo de espera en razón a la entidad de las actuaciones a llevar a cabo para hacer efectiva la cesación y solo después, si el requerimiento no es atendido, procederá convocar la Junta para ejercitar la acción de cesación. Es este el procedimiento que para la subsanación extrajudicial de actividades molestas, nocivas o insalubres está previsto en la Ley de Propiedad Horizontal. Ha de ser previo a la interposición de la demanda, para lo que debe otorgarse al causante un plazo razonable (sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 11 de junio de 2013). "

CUARTO .- En el supuesto actual, la sentencia recurrida resuelve en sentido positivo el cumplimiento de tales requisitos por la actora en su FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO al examinar los docs. 55, 71 y 98 de la demanda que son los considerados por los apelantes como contrarios a las exigencias que impone el art. 7.2 de la LPH .

El doc. 55 (folio 81, Tomo I) es una convocatoria a Junta General Extraordinaria con un Orden del Día seguido del doc. 56 (folios 84 y 85) con el Acta de la Junta cuyos particulares se reproducen en la sentencia.

El doc. 71 es un conjunto comprensivo de los requerimientos dirigidos al representante del Bar Los Verdes y a AFISA

CEF que constan recibidos (folios 149-154). Su texto y medio de remisión son los adecuados al tan repetido art. 7.2 destacando la concesión de un plazo de 15 días para la adopción de las medidas allí interesadas. Estos requerimientos están fechadas el 26 de Diciembre de 2012 y recibidos el 28 del mismo mes.

El doc. 98 (folios 198-199) es el Acta de la Junta de 23 de Junio de 2013 cuyo punto 7 del Orden del Día también reproduce la sentencia.

Con arreglo a estos conjuntos documentales no cabe sino compartir el criterio de la juzgadora de instancia sobre el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad: hubo requerimiento previo con detalle de la situación, medidas a adoptar y plazo para su remedio; transcurso dilatado del mismo y una convocatoria que incluía en el Orden del Día de la Junta un punto que ponía de manifiesto un estado de cosas que por los datos entonces apreciados iban en aumento. Tanto en los requerimientos como en esa Junta se advertía antes y se acordaba después, el inicio de acciones judiciales y autorizaciones correspondientes al Presidente.

QUINTO .- El segundo grupo argumental se refiere a la valoración de la prueba sobre los elementos de fondo de la acción impugnándose su apreciación. Tras la introducción normativa e interpretación doctrinal a propósito de la acción de cesación el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO de la sentencia recurrida analiza los distintos aspectos en que se basa la demanda para articular su acción: ruidos, manchas, humos, olores, humedades, manipulaciones de contadores, etc., problemas que se acreditarían mediante treinta denuncias con quejas dirigidas al Ayuntamiento de Parla por molestias originadas por el Bar "Los Verdes" ubicado en la parte exterior de la urbanización, CALLE000 nº NUM000 de la indicada población de Parla, propiedad de AFISA y regentado por D. Ezequiel . A ese detalle pormenorizado de las denuncias se añade el expediente administrativo del que destaca distintos particulares como la medición de ruidos de 22 de Octubre de 2011 que superaba los valores reglamentarios, la mejora de la insonorización, el informe del Ingeniero Técnico Industrial Municipal de 22 de Enero de 2013, los valores de distintas Ordenanzas Municipales y nuevas mediciones y medidas correctoras.

Completa esa exhaustiva exposición de datos el resultado de interrogatorios testificales que recoge el Fundamento CUARTO. Por su valor técnico se citan puntos de interés como los ofrecidos por el testigo D. Cirilo se comparan las periciales de D. Luis Miguel y de D. Eutimio con la conclusión valorativa final de todo el extenso material probatorio a favor de la estimación de la demanda.

SEXTO .- Para el apelante Sr. Ezequiel la autorización de la actividad por cumplir los requisitos administrativos desautoriza el valor probatorio de las denuncias de los vecinos aunque admite que la licencia no garantiza la ausencia de molestias. El orden cronológico de hechos que expone hace hincapié en el cumplimiento de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano a fecha 15 de Octubre de 2011, quejas, reuniones y el requerimiento de medidas correctoras para evitar ruidos en horario nocturno. En cuanto a la declaración del Ingeniero Municipal D. Cirilo destaca que no recibió informes positivos de medición de ruido y la imposibilidad de incumplimiento de la normativa de impacto porque no existe.

Hasta aquí, lo cierto es que su valoración se centra en el cumplimiento de los requisitos administrativos pero en realidad la cita del interrogatorio del técnico municipal solo contempla esos aspectos, sin tener en cuenta la distinción entre el ámbito administrativo y el jurídico privado, este último sobre el que se proyecta la acción ejercitada.

SÉPTIMO .- Las inmisiones de ruido atribuidas al bar "Los Verdes" deberían constituir una intromisión ilegítima en el

derecho fundamental de la demandante a la intimidad del ámbito domiciliario de los residentes, vecinos integrantes de la actora, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad (S.T.S. 5 de Marzo de 2012 recogida en sentencia 11 de Noviembre de 2015 de esta Sección 25^a), siendo determinante valorar la extensión y límites del ruido determinante valorar la extensión y límites del ruido asumible y su continuidad en el tiempo. En cita de la S.T.S. mencionada:" una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables".

La sentencia apelada contiene una extensa exposición doctrinal sobre los efectos de las licencias administrativas en los respectivos ámbitos de las relaciones sobre las que se proyectan (vid. páginas 18 y 19). No es necesario insistir en este punto.

La valoración sobre la intensidad, límites asumibles, evitabilidad y continuidad en el tiempo de los ruidos constituye la cuestión controvertida. Estos cuatro factores son objeto de un prolijo análisis en los extensos Fundamentos de Derecho TERCERO y CUARTO de la sentencia recurrida.

Efectivamente aparecen las treinta quejas sobre las molestias con origen en el local de los demandados y las actuaciones municipales. Por su carácter objetivo destacan el acta y medición de ruidos realizada por la Policía Local de Parla que constan en los folios 803 y 804 (Tomo II) de los autos (Expediente administrativo 2). Es una actuación practicada el 22 de Octubre de 2011 y los ruidos superaban los valores establecidos en el art. 13 del Decreto 78/1999 de la CAM entre las 00'02 y 00'06, tres veces.

Siguiendo las actuaciones de este expediente (está colocado en sentido inverso) se observan distintas intervenciones para la adopción de medidas correctoras y no rebasar 35 dba en horario diurno y 30 dba en horario nocturno con apercibimiento de incoar expediente sancionador. Por fin el 26 de Marzo de 2013 el técnico municipal informa sobre comprobaciones de la visita de inspección para verificar la aptitud de la insonorización del local y más adelante el 3 de Octubre de 2013 se concede licencia de funcionamiento para la actividad de bar restaurante.

Hasta entonces aparecen otros datos que por su carácter técnico sirven para apreciar la situación denunciada por varios vecinos de la Mancomunidad demandante como es el informe pericial de PROYMA (doc. 64 de la demanda) citado también en la sentencia. Concluye que el nivel de ruido supera en 7 db el máximo permitido. Ese dato corresponde a registros desde las 23:30 hasta las 01:30 horas del 9 de Noviembre de 2012. Dice este informe que durante casi toda la medida la vivienda permaneció relativamente tranquila salvo algún ruido esporádico de impactos o arrastre. Es a partir de las 00'45 cuando se detecta arrastre de mesas y sillas y durante varios minutos se percibe con total claridad y elevada intensidad el ruido (páginas 5 y 6).

OCTAVO .- Se muestra la tabla con los índices de evaluación resultantes y en sus Conclusiones (página 11, folio 114) se aprecia un nivel de hasta 37 db que supera en 7 db el máximo permitido en el R.D. 1367/2007.

Sin embargo añade en el apartado 2º que "Durante los minutos que duran las operaciones de limpieza... los niveles de ruido instantáneos..."

El período temporal, pues, se ceñiría a "minutos" y en particular los ruidos serían "instantáneos". Como hemos dicho los registros acaban a la 1,30 y al final concluye: "... salvo en estos momentos el ruido de arrastre... es muy esporádico y con niveles instantáneos claramente por debajo de los 30 db máximos permitidos".

Es decir, se practica una medición en la noche del viernes al sábado 9 de Noviembre de 2012 y únicamente durante unos minutos próximos a las 00,45 se perciben ruidos instantáneos que superan los 30 db por constantes arrastres e impactos.

Si comparamos esta medición con la practicada por la Policía Local de Parla el 22 de Octubre de 2011 destaca de ambas la escasa duración temporal en que se registran las superaciones del límite de 30 db. Se trata de minutos y ruidos instantáneos. Como hemos indicado antes hay que valorar no ya los límites asumibles, que prácticamente es una cuestión de intensidad de los ruidos sino su evitabilidad y sobre todo la continuidad en el tiempo, continuidad que no es su repetición instantánea durante unos minutos, las noches de viernes o sábados sino la permanencia de la situación objetivamente ruidosa en todo momento o gran parte del horario nocturno. No es preciso indicar cuánto tiempo pero sí que se muestre el suficiente para apreciar una situación que sobrepase razonablemente períodos que se han medido en minutos y con ruidos instantáneos.

NOVENO .- De toda la secuencia cronológica correspondiente al Expediente de quejas (vid. Índice de Documentos a los folios 651 y 652), la sentencia recoge ese informe de PROYMA que también se cita en el expediente administrativo (folio 719 y 722) entre las actuaciones correctoras en curso, punto que incide en el factor de "evitabilidad". En este sentido destaca el informe del Técnico Municipal que contiene esa cita, el requerimiento a D. Ezequiel , su contestación, las medidas adoptadas y finalmente los informes de 26 de Marzo de 2013 de D. Cirilo sobre subsanación de deficiencias y 27 de Junio siguiente (folio 705) sin objetar restricciones.

Otros datos complementarios sobre los ruidos pueden ser el informe de 27 de Mayo de 2011 de los Agentes NUM001 y NUM002 de la Policía Local (folio776) en que no aprecian ningún tipo de molestias por ser ruidos puntuales y no continuos; el de 2 de Diciembre de 2012 en el que los Agentes tampoco aprecian molestias entre las 23,57 y 00,45 horas (folio 735) o la medición negativa informada el 13 del mismo mes.

Esta secuencia temporal debe ponderarse porque a raíz de todo ello se suceden los requerimientos y subsanaciones, es decir, se procede a remediar su "evitabilidad" a lo que hemos de añadir la presentación de la demanda el 31 de Julio de 2013 sin que desde el informe de PROYMA, casi nueve meses antes, se aporte otro con datos objetivos sobre continuidad e intensidad de ruidos siquiera en límites más o menos próximos a los niveles autorizados que puedan servir como criterios orientativos los cuatro factores que exponíamos anteriormente.

Corolario de todo ello es que si bien la "persistencia" como requisito de procedibilidad no adquiere el rigor probatorio exigible para cumplir los presupuestos procesales del ejercicio de la acción de cesación, no ocurre lo mismo a la hora de valorar la cuestión fáctica de fondo: la intensidad, continuidad, límites asumibles y evitabilidad de la molestia que sustenta dicha acción y que aquí no concurre en la medida que hemos explicado.

DÉCIMO .- El resto de actos denunciados para fundamentar la acción se refieren a manchas, humos, olores, humedades, calas, manipulaciones de contadores de agua y luz y riesgo por la precaria instalación eléctrica hasta la terraza exterior. Todos ellos se presentan con un efecto acumulativo en soporte de una genérica actividad molesta, dañosa o peligrosa pero su agrupación no supone que por la suma de unos y otros actos se modifique sus naturalezas, conceptos y consecuencias individuales. Así las quejas sobre humos y olores en que se denuncian actos tales como que los clientes salen a fumar a la calle, olores a fritura u otros. Pueden resultar desagradables al detectarse según el momento y lugar pero insuficientes para integrar la acción por su percepción individual aunque sean varias las ocasiones. En cuanto a las manchas de humedad o calas, la exigencia de la responsabilidad por las mismas debe ser con carácter puntual y también su corrección acomodada al cumplimiento y efectos de obligaciones de otro signo; lo mismo sucede con las manipulaciones detectadas y por último con la precariedad de la instalación eléctrica atendida la observancia de la

normativa sectorial e intervención, en su caso, de órganos o entidades implicadas en la vigilancia de las instalaciones y condiciones del suministro; hechos o actividades, en definitiva, separables del núcleo de la acción ejercitada, procediendo en conclusión la estimación de los dos recursos y desestimación de la demanda.

DÉCIMOPRIMERO .- Conforme a los artes. 394 y 398 LEC las costas de la primera instancia deben imponerse a la demandante sin que proceda imposición de las 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.

FALLAMOS

Que estimando los recursos de apelación interpuestos por D. Ezequiel y AFISA, CEF, S.A., contra la sentencia de 10 de Marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Parla dictada en procedimiento 648/13 revocamos dicha resolución. En su lugar, con desestimación de la demanda formulada por la Mancomunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000 , sita en la CALLE000 nº NUM000 de Parla, absolvemos de sus pretensiones a los demandados antes citados, con imposición de las costas de primera instancia a la demandante y sin pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada.

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 3390-0000-00-0343-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, 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.