Roj: **SAP M 4161/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:4161**

Id Cendoj: **28079370212018100089**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Madrid**
Sección: **21**
Fecha: **13/03/2018**
Nº de Recurso: **504/2017**
Nº de Resolución: **90/2018**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigesimoprimera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0291775

Recurso de Apelación 504/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 59/2016

APELANTE: TIRPO, SL

PROCURADOR D./Dña. CAROLINA SANCHEZ BLAZQUEZ

APELADO: COMUNIDAD PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 (MADRID)

PROCURADOR D./Dña. NURIA MARIA SERRADA LLORD

CR

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

D. JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a trece de marzo de dos mil dieciocho. La Sección Vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 59/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandada TIRPO S.L., y de otra, como Apelada-Demandante COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **el Ilmo. Sr. DON JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid, en fecha 17 de marzo de 2017 se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Dña. Nuria Serrada Llord, actuando en representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 de MADRID debo condenar y condeno a TIRPO SL a la cesación definitiva de la actividad que desarrolla en la vivienda de su propiedad sita en CALLE000 número NUM000 , planta primera de Madrid, por ser contraria a la cláusula 6ª de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del que se dio traslado a la parte demandante quien se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección de fecha 15 de febrero de 2018, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 12 de marzo de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-DE LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.-

Por la representación de TIRPO S.L. se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 17 de marzo de 2017 , la cual, estimando la demanda formulada por la representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID, condena a la hoy apelante a la cesación definitiva de la actividad que desarrolla en la vivienda de su propiedad sita en la CALLE000 nº NUM000 , planta primera, de Madrid, por ser contraria a la cláusula 6ª de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios; interesando que se revoque la sentencia dictada y se absuelva a la demandada de las pretensiones formuladas e invocando que la parte actora no ha justificado la inscripción de los Estatutos en el Registro de la Propiedad, resultando de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 5 de la LPH ; entendiendo que dichos Estatutos, al no estar acreditada su inscripción, no se consideran vigentes frente a terceros, como lo es la apelante al ser un nuevo adquirente.

En este sentido, es cierto que se ha aportado por la parte actora, como documento nº 6 acompañado al escrito de demanda, lo que denomina "Estatutos de la Comunidad de Propietarios CALLE000 nº NUM000 ", en cuya estipulación SEXTA se expresa que "... *Todo propietario podrá habitar el piso por sí o arrendarlo o cederlo por cualquier título jurídico, no pudiéndose destinar a instalación de pensiones, fondas, clínicas, academias, círculos ni otra finalidad alguna que suponga afluencia superior de público a la normal en una casa destinada exclusivamente a vivienda de sus habitantes, ni a establecer en él otro comercio o industria u oficinas que la profesional que ejerza personalmente el propio dueño o inquilino y que corresponde a las llamadas profesiones liberales...*"

Y este Tribunal en SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2009 , citada en la SAP de Madrid, Sección 21ª, de 29 de enero de 2013 (ROJ: SAP M 3593/2013 -ECLI:ES:APM:2013:3593), ya analizó la regulación legal de los Estatutos comunitarios, pronunciándose sobre los límites que rigen en este ámbito. Efectivamente, tal y como aparecen regulados en la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960, los Estatutos de una casa en régimen de propiedad horizontal, forman parte integrante del Título Constitutivo de la propiedad por pisos o locales de esa casa, aunque, desde un punto de vista formal, no tengan que aparecer recogidos en un único y exclusivo documento, pudiéndose plasmar los Estatutos en documento aparte. Así en el artículo 5 de la reseñada Ley, bajo la rúbrica "Título constitutivo de la propiedad por pisos o locales", se regula el contenido del Título Constitutivo distinguiendo tres partes, a saber, la primera, a la que se refiere el párrafo primero, es la descripción del inmueble en su conjunto, de cada uno de los pisos y locales y de los servicios e instalaciones, la segunda, a la que se dedica el párrafo segundo, es la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local y la tercera, a la que se destina el párrafo tercero, es el establecimiento de reglas de constitución y ejercicio de los derechos así como de disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones. Siendo, a esta tercera y última parte del contenido del Título Constitutivo, a la que se denomina "Estatutos" de la casa (en la propia Ley se dice "formando un estatuto privado"). Y a los Estatutos, como parte integrante del Título Constitutivo, le son de aplicación las reglas de constitución y modificación del Título. Y así los Estatutos pueden ser constituidos por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo arbitral o por resolución judicial (párrafo segundo del artículo 5). Y pueden ser modificados observándose los mismos requisitos que para la constitución (párrafo quinto y último del artículo 5). Y respecto a la eficacia vinculante de los "límites estatutarios", que afectan a

las facultades integrantes del derecho de propiedad de los pisos o locales y copropiedad de los elementos comunes de la casa, que pudieran desplegar frente a los compradores-adquirentes de los pisos o locales, se dice, "in fine" del párrafo tercero y penúltimo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal , respecto de los Estatutos de la Comunidad, que: "...no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad" (En la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 se dice, en el artículo 8 , que: "...Se inscribirán... 4º Los edificios en régimen de propiedad por pisos... Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el Título y en los Estatutos que configuran el contenido y ejercicio de esta propiedad..."; y, en el párrafo primero del artículo 13, que: "...cualquier... limitación del dominio... para que surta efectos contra tercero deberá constar en la inscripción de la finca... sobre que recaiga").

En el mismo sentido nos hemos expresado en las SSAP de Madrid, Sección 21ª, núm. 522/2005 de 21 octubre (JUR 2005\251911), 10 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP M 13279/2013-ECLI:ES:APM:2013:13279) y 9 de diciembre de 2015 (ROJ: SAP M 17666/2015 -ECLI:ES:APM:2015:17666). Siguen el mismo criterio, las SSAP de Asturias, Sección 6ª, núm. 622/2000 de 11 diciembre (JUR 2001\65021); Burgos, Sección 2ª, núm. 268/2002 de 20 mayo (JUR 2002 \189869); y Zaragoza, Sección 4ª, núm. 668/2002 de 18 noviembre (JUR 2003\13514).

En el caso de autos, la sentencia de instancia, tras admitir que los Estatutos aportados a las actuaciones por la parte actora debieron inscribirse en el Registro de la Propiedad, posteriormente atribuye a la parte demandada la carga de la prueba de acreditar que los Estatutos no se inscribieron -"hubiera sido muy sencillo acreditarlo a través de una certificación del Registro de la Propiedad, indicando que no se hallaban inscritos, prueba que a la parte demandada le incumbe al ser un hecho extintivo de la pretensión ejercitada contra él"-; lo cual no puede ser compartido por esta Sala, siendo evidente que la prueba de la existencia de los Estatutos y de su inscripción, corresponde a quien invoca la fuerza de dichos Estatutos. Y en el caso de autos no existe tal prueba y en consecuencia no puede admitirse la fuerza legal de dichos Estatutos.

Expuesto lo anterior, ciertamente, uno de los problemas de mayor trascendencia que se deriva de la no inscripción de los estatutos o sus modificaciones en el Registro de la Propiedad es, precisamente, el delimitar el concepto de tercero, a los efectos del régimen de propiedad horizontal, descartando la doctrina científica mayoritaria que aquel al que se refiere el párrafo 3º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal sea el tercero hipotecario ordinario que regula el artículo 34 de la Ley Hipotecaria , sino que se trata de una figura similar el tercero mercantil que contrata con una sociedad inscrita en el Registro Mercantil, de manera que toda persona que tenga una relación jurídica con la Comunidad puede verse afectada por las normas recogidas en los estatutos inscritos y no estar afectado en caso que falte la inscripción, siendo tercero el adquirente ajeno al negocio jurídico originador del estatuto no inscrito. En este sentido, la STS de 26 de marzo de 2008 dice que "la condición de "tercero" en la Propiedad Horizontal sólo importa a quienes sean propietarios en el futuro y queden afectados por el Título, lo que conduce a la hermenéutica del artículo 5 de la Ley en el sentido de que ningún nuevo titular, por adquisición de vivienda, local, garaje, etc., por cualquiera de los medios previstos en Derecho, puede ser obligado por acuerdos o formas de actuación comunitaria diferentes a lo que conste en el Título Constitutivo inscrito en el Registro de la Propiedad". Efectivamente, como dijimos en la SAP de Madrid, Sección 21ª, de 29 de enero de 2013 (ROJ: SAP M 3593/2013 -ECLI:ES:APM:2013:3593) no cabe duda que los adquirentes por compra de los pisos o locales de una casa en régimen de propiedad horizontal son, en el momento de la adquisición, terceros, a los efectos del párrafo tercero y penúltimo "in fine" del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal . Ello no debería ofrecer la más mínima duda.

Pues bien, en el caso de autos la condición de tercero de la entidad demandada ni siquiera se ha cuestionado en el escrito de demanda, no siendo objeto de controversia que la citada demandada adquirió el inmueble litigioso el 17 de junio de 2014 -documento nº 2 acompañado al propio escrito de demanda-, no habiéndose acreditado que en el momento de la adquisición el comprador hubiera sido informado de la existencia de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, por lo que en modo alguno pueden perjudicarle. Efectivamente, ninguna prueba existe de tal conocimiento, no resultando el mismo del contenido del acta de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 11 de septiembre de 2014, al menos hasta la recepción de la convocatoria de la citada Junta realizada con fecha 29 de agosto de 2014. En definitiva, únicamente le perjudicarían los estatutos no inscritos si no fuera tercero de buena fe, entendiéndose por buena fe la ignorancia de la discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extratabular, de tal forma que, al no conocer la existencia de los estatutos no inscritos en el Registro de la Propiedad, ostentaría la cualidad de tercero de buena fe y no le perjudicarían los mismos.

SEGUNDO.- DE LAS ACTIVIDADESMOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILÍCITAS.-

Se invoca igualmente por la parte apelante, TIRPO S.L. que la sentencia de instancia emite un juicio claramente subjetivo sobre si el alquiler de habitaciones genera o no molestias, sosteniendo que no han residido más de 11 personas a la vez en el inmueble -el cual cuenta con 285 metros cuadrados, con cinco habitaciones de dos camas y una habitación con una sola cama-, no compartiendo la apreciación de la sentencia de instancia relativa respecto a la posibilidad de incrementar de forma notable la presencia de un mayor número

de personas distintas, como son familiares y amigos de cada uno de los inquilinos, reputándola como una presunción injusta; negando igualmente que puedan llegar a causarse problemas de seguridad, sin que conste formulada denuncia o queja alguna o que concurran datos objetivos que permitan graduar qué tipo de molestia o perturbación se ha generado. Añade la parte apelante que el uso que se da a la vivienda -alquiler de habitaciones a estudiantes- no es comparable a una pensión, con entrada y salida diaria de viajeros, ni tampoco a una clínica con múltiples pacientes.

Como expresa la STS núm. 233/2015 de 5 mayo (RJ 2015\1567), la jurisprudencia de esta Sala, que sistematiza la STS de 1 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6886), que cita la STS de 9 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6924), en lo que aquí interesa, es reiterada en el sentido siguiente: i) Una de las características de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas de Derecho necesario, pero ello no empece a que contenga otras modificables por la voluntad de los particulares y con respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del CC) - SSTS de 15 de octubre 2009 (RJ 2009, 5572), 4 de marzo de 2013 y 7 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3257)-; ii) El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 de la CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible, el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad. Estas prohibiciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, deben constar de manera expresa, y a fin de tener eficacia frente a terceros deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad -SSTS de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1794)-; iii) Existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria - SSTS 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 -. La STS de 24 de octubre de 2011 declaró que se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa. Esta doctrina se recoge en las SSTS de 4 de marzo de 2013 y 25 de junio de 2013 (RJ 2013, 4636)-...

Y como dijimos en la SAP de Madrid, Sección 21ª, de 27 de marzo de 2013 (ROJ: SAP M 9030/2013 - ECLI:ES:APM:2013:9030), con cita de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de junio de 2012 , todo ello conecta directamente con naturaleza jurídica "sui generis" y compleja de la propiedad horizontal o de casas por pisos, como una institución a la que concurre un derecho singular y exclusivo de los propietarios de pisos y locales sobre un espacio limitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y una copropiedad con los demás de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (art. 3 de la LPH), y por ello, como pone de relieve la Exposición de motivos de su Ley reguladora, ha merecido especial estudio el régimen de derechos, deberes y obligaciones que lo integran, configurándolo con criterios inspirados en las relaciones de vecindad y tendente a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno, dejando así establecidas las bases para una convivencia normal y pacífica. Derechos de uso, disfrute o aprovechamiento de los diversos pisos y locales que integran una finca urbana en régimen de propiedad horizontal que aparecen normativamente limitados en su libre ejercicio por lo establecido en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal , disponiendo que "al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en el 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». Estamos pues antes una ley, la de la propiedad horizontal que afecta a buena parte de los ciudadanos, a su vida cotidiana y a las relaciones humanas, ya que trata de regular el ámbito más cercano en el cual se desenvuelve el habitar de las personas y en el que se encuentra el último reducto de vida e intimidad de las mismas, el domicilio. Consideraciones a partir de las cuales, se ha creado un cuerpo de doctrina que propugna, un criterio flexible en cuanto a la anulabilidad de los acuerdos adoptados por la junta de propietarios, en armonía con las directrices de la Ley de Propiedad Horizontal, dirigidos a al logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad.

Efectivamente, ya la Exposición de Motivos de la LPH de 1960 señala que dichas prohibiciones, junto con los demás deberes de igual naturaleza, están íntimamente unidas a los derechos de disfrute, los cuales tienden a atribuir a su titular las máximas posibilidades de utilización, con el limite representado, tanto por la concurrencia de derechos de igual clase de los demás, cuanto por el interés general, de manera que aquellas prohibiciones y deberes, "se han tratado de configurarlos con criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asignar que el ejercicio del derecho propio, no se traduzca en perjuicio del ajeno, ni en menoscabo del conjunto para así dejar establecidas las bases de la convivencia normal y pacífica. Tras la nueva redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960,

de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, y Disposición final primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , a su artículo 7, refundiendo en él el artículo 19, se recogen, en sus dos apartados, limitaciones al derecho de propiedad exclusiva que cada propietario ejerce sobre su parte privativa, estableciendo, el segundo, restricciones en las actividades que se desarrollen en la misma y reforzando las posibilidades de actuación de la Comunidad frente al propietario u ocupante molesto, al no permitir realizar las prohibidas en los estatutos, las que resulten dañosas para la finca o las que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, *insalubres, nocivas y peligrosas*.

En definitiva, en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 de la CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tanga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo - SSTS de 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5076) y 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8420)-.

TERCERO .- Siguiendo la SAP de Madrid, Sección 10ª, núm. 102/2011 de 23 febrero (AC 2011\945), en cuanto a las actividades molestas, expresa que debe recordarse que ya bajo la vigencia de la LPH de 1960 se comprendían todas aquellas que disminuían el uso normal y el disfrute de sus respectivos elementos a los demás condueños, los actos de emulación y las inmisiones, si bien debía estarse el caso concreto, donde cobra capital relieve la contumacia o rebeldía del agente a cuantas advertencias se han efectuado previamente en cuanto a la forma o modo de ejercicio de la actividad. Que ésta ha de exceder y perturbar el régimen o estado de hecho usual y corriente en las relaciones sociales de manera notoria (evidencia y permanencia en la molesta) ha sido también proclamado por la Sala Primera del Tribunal Supremo -SSTS de 28 de febrero de 1964 , 8 de abril de 1965 y 11 de mayo de 1998 -.

Para la SAP de Murcia, Sección 5ª, núm. 459/2012 de 18 diciembre (JUR 2013\35093), a los efectos de determinar qué debe entenderse como actividad molesta, dado que la norma legal no la define, hay que acudir a los criterios jurisprudenciales y en tal sentido, la SAP de Asturias, Sección 7ª, de 4 de enero de 2002 las define como aquellas que suponen unas molestias superiores a las que vienen impuestas por la relación de vecindad; esto es, más allá de los límites tolerables y asumibles por la comunidad por ser contrarios a la buena disposición de las cosas para el uso normal que ha de hacerse de aquellas; impidiendo a los demás propietarios el adecuado uso de los elementos comunes y de sus derechos ", añadiendo a continuación que con dichas actividades se perturba, en el orden de convivencia, el corriente desenvolvimiento de las relaciones sociales, y se excede de lo tolerable el normal ejercicio de las normas de convivencia dificultándose a los demás comuneros el ejercicio de sus derechos (el correcto uso y disfrute de sus viviendas y del inmueble)... En la necesidad de una mayor concreción, siguiendo a la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 19 de noviembre de 2010 , una actividad puede ser conceptuada de molesta en ella cuando concurran los siguientes requisitos: i) Que la actividad se dé dentro del inmueble (en cualquier parte del mismo), no en el exterior (a no ser que tenga su origen en el interior); ii) La calificación de una actividad como incómoda o molesta no ha de hacerse apriorísticamente, y sólo por las características generales de la misma sino atendiendo al modo de realizarse en cada caso concreto - STS de 16 de julio de 1993 y SAP de Madrid de 14 de mayo de 2004 - o el modo de desarrollarse, situación de hecho derivada del uso de una cosa, aunque se cumplan formalidades administrativas, atendiendo a los principios que rigen las relaciones de vecindad y a la prohibición del abuso del derecho ex artículo 7.2 del Código Civil - STS de 20 de marzo de 1989 - y a la posición contumaz del agente ante las advertencias que le hayan sido hechas - SAP de Palma de Mallorca de 7 de febrero de 1983 -; iii) La actividad ha de exceder y perturbar el régimen o estado de hecho usual y corriente en las relaciones sociales, de manera notoria (evidencia, habitualidad y permanencia en la incomodidad) - SSTS de 28 de febrero de 1964 , 8 de abril de 1965 y 11 de mayo de 1998 , y SAP de Madrid, Sección 20ª, de 28 de junio de 2006 -, señalando las SSTS de 28 de febrero de 1964 y 12 de diciembre de 1980 que en materia de relaciones de vecindad e inmisiones e influencias nocivas en propiedad ajena, el conflicto debe resolverse acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias , atendidas las condiciones de lugar y la naturaleza de los inmuebles: iv) Quedan comprendidas dentro de las actividades molestas todas aquellas que disminuyen el uso normal y el disfrute de sus respectivos elementos a los demás condueños, los actos de emulación y las inmisiones - SSAP de Segovia de 11 de diciembre de 2001 y Valencia de 21 de abril de 1975 - y v) Se requiere una prueba concluyente, plena y convincente, atendida la gravedad de la sanción - SSTS de 18 de mayo de 1994 y 13 de mayo de 1995 -, de ahí la interpretación restrictiva en orden a seguir la pauta del menor efecto para el ejercicio de la actividad en cuanto sea posible, frente al efecto drástico del cese o de la privación del uso.

Siguiendo la SAP de Barcelona, Sección 19ª, núm. 95/2015 de 21 mayo (JUR 2015\166000), con cita de la sentencia de 14 de mayo de 2014 , los requisitos que la jurisprudencia exige para el éxito de la acción de cesación resultan ser: i) que se dé una actividad, lo que supone cierta continuidad o permanencia de la

realización de actos singulares - STS de 22 de diciembre de 1970 -; ii) que la actividad sea incómoda, es decir, molesta para terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún lugar del inmueble en el que se desarrolle la actividad - SSTS de 8 de abril de 1965 , 18 de enero de 1961 y 30 de abril de 1966 -, esto es, que exista un sujeto pasivo determinado al que la actividad incómoda pueda afectar, siendo éste las personas que habitan o hayan de permanecer en la misma finca y no personas indeterminadas o inconcretas - STS de 7 de octubre de 1964 y 10 de abril de 1967 -; y iii)) que la molestia sea notoria y ostensible, esto es, no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige una dosis de gravedad, una afectación de entidad a la pacífica convivencia jurídica lo que obliga a una ponderación de cada caso concreto - STS de 8 abril 1965 -, teniendo sentado el Tribunal Supremo que la base de la notoriedad está constituida por la "evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad" - STS de 20 de abril de 1965 -, entendiendo, asimismo, que "...en el concepto de actividad notoriamente incómoda debe incluirse aquella actividad cuyo funcionamiento en un orden de convivencia, excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales".

La SAP de Barcelona, Sección 1ª, núm. 708/2017 de 27 diciembre (AC 2017\1701), ha declarado que la actividad consistente en la existencia de viviendas de uso turístico no se puede conceptuar como actividad ilícita, ni va contra las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, ni es en abstracto, una actividad que suponga daño o peligro para el edificio. Siguiendo la misma resolución, tampoco la actividad per se y en abstracto supone un daño o peligro para el edificio en la medida en que el uso intensivo de los elementos comunitarios por el trasiego de los ocupantes no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras como despachos profesionales (actividad que en nuestro caso de autos sí que admite la Comunidad de Propietarios actora). No se puede concluir, en abstracto que la existencia de viviendas de uso turístico suponga actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, sino que es necesario que el uso que se haga pueda tildarse de anómalo o antisocial, como consecuencia de una serie de conductas o actuaciones que merezcan la consideración de incívicas, análisis que deberá realizarse caso por caso. Al respecto de lo que deba entenderse por conductas o actividades incívicas, se establece la necesidad de que las actividades que se emprendan en los elementos privativos por sus propietarios o por quienes de ellos traen causa se desarrollen dentro de los límites de la normalidad del uso y tolerabilidad por los restantes vecinos atendidas las condiciones de lugar y la naturaleza de los inmuebles de acuerdo con las normas de la buena fe. Ciertamente, como indica la STSJC de 17/2012 de 20 de febrero (RJ 2012, 10019), la calificación de una concreta actividad como molesta y contraria a la normal convivencia de la comunidad puede dar lugar por su carácter de concepto jurídico indeterminado a un amplio abanico de posibilidades lo que deviene en una cuestión casuística que deberá ser resuelta conforme a las circunstancias de cada caso concreto debiendo entenderse como "normal convivencia" aquella que se produce en circunstancias estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano. Dicha sentencia, en relación con actividades de tipo turístico ya determinó que lo sancionable era al anómalo y antisocial ejercicio del derecho, revelado por una serie de conductas incívicas continuadas y graves (mal uso continuo del ascensor, reiterados ruidos y fiestas nocturnas, actos de vandalismo, suciedad en los rellanos con restos de comida, botellas y preservativas y robos).

Igualmente, en la SAP de Alicante, Sección 5ª, núm. 72/2015 de 12 marzo (AC 2015\558), con cita de la sentencia dictada por esta Sala de fecha 24 de octubre de 2008 (JUR 2009, 25546), se parte de la consideración de que los alquileres turísticos constituyen un régimen que, en principio, no vulnera la esencia del régimen comunitario, pues se trata de unos arrendamientos por corto espacio de tiempo cuya concertación entra dentro del poder de disposición del derecho de propiedad, no existiendo base (en la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la de Propiedad Horizontal ni del Código Civil para entender prohibida la posibilidad de arrendar una vivienda por un periodo corto o largo, sin perjuicio de las normas existentes sobre duración mínima en casos normales.

Para la SAP de Madrid, Sección 10ª, núm. 102/2011 de 23 febrero (AC 2011\945), es irrefutable que, per se, el hecho de destinar un piso al alojamiento de menores en situación de desamparo en manera alguna puede adjetivarse como una actividad molesta, sin embargo, no lo es menos que la calificación de una actividad como molesta no ha de hacerse apriorísticamente y sólo por las características generales de la misma, sino atendiendo al modo de realizarse en cada caso concreto, como ya destacó la STS de 16 de julio de 1993 (RJ 1993, 6155), o el modo de desarrollarse, atendiendo a los principios que rigen las relaciones de vecindad y la prohibición del abuso de derecho ex artículo 7.2 del CC y a la posición contumaz del agente ante las advertencias que le han sido hechas

CUARTO .- En el escrito de demanda se hace referencia al perjuicio que supone para la Comunidad el acceso a la finca de personas desconocidas -fiestas organizadas por los ocupantes-, incluso a altas horas de la noche, con los problemas que conlleva de inseguridad y desgaste indebido de elementos comunes - ascensor y luz de escalera-. Ahora bien, de la lectura del precepto que estamos analizando parece desprenderse que para que pueda acordarse la cesación que se solicita es preciso que se acrediten conductas o comportamientos

reiterados o permanentes relacionados con el uso o disfrute de la finca, subsumibles en uno de los conceptos expresados en el texto legal. No es suficiente, por consiguiente, con alegaciones genéricas relativas al acceso a la finca de personas desconocidas, a problemas de inseguridad o al desgaste de los elementos comunes.

Y en este sentido, de la prueba practicada no se han revelado conductas graves y continuadas en el tiempo de los demandados, como pretende la parte actora. Efectivamente si bien en la testifical del conserje de la finca, D. Emilio -que reconoce un máximo de doce personas en la vivienda, aunque en ocasiones hay seis o menos- se hace referencia a que se habían celebrado fiestas, y que existía suciedad en el rellano de la planta, incluyendo manchas de orina y de bebidas -el citado testigo ha manifestado además que ha observado además el conserje a un joven orinando en el mismo-, dichas manifestaciones no aparecen ubicadas de forma específica en el tiempo y tampoco se imputan las mismas a algún concreto residente de la vivienda controvertida; no existiendo denuncias policiales por alteración del orden o exceso de ruidos, ni consta la intervención de los Servicios Públicos Municipales. Por el contrario la testigo Dª Paloma , antigua inquilina del inmueble desde septiembre a diciembre de 2015, ha confirmado que por regla general no tenían visitas -que en cualquier caso no se podían quedar a dormir-, por respeto a sus compañeros, teniendo conocimiento de una única fiesta en el periodo en el que residió -Halloween-, sin que se produjera ningún escándalo, siendo las inquilinas bastante tranquilas, añadiendo que no había reuniones ni charlas en las zonas comunes del edificio. En similares términos se ha pronunciado la testigo Dª Paloma , antigua inquilina del inmueble desde septiembre a noviembre de 2015, la cual ha manifestado que vivían unos diez estudiantes, y que únicamente se celebró una reunión/fiesta, que además finalizó a las 22 horas de la noche, con unas diez personas, sin que se produjeran altercados o llamadas de atención; añadiendo la misma que no tuvo visitas y que las que había eran acordadas con las demás estudiantes, negando que el uso de la vivienda fuera molesto -entraban por la puerta de servicio y nunca utilizaban el ascensor-. Por otro lado, no puede afirmarse que concurra en la propiedad del inmueble falta de adopción de medidas ante comportamientos de esta naturaleza, conteniéndose en las "cláusulas generales del contrato LAUNI de arrendamiento de habitación" una regulación de las "visitas de amigos o familiares", con prohibición de pernocta de los mismos en la habitación, asumiendo los inquilinos la obligación de respetar "las normas de la Comunidad de vecinos como uno más, y tendrán especial cuidado con los ruidos. En ningún caso están permitidas las fiestas en el piso"

En definitiva, entiende esta Sala, que no resulta acreditado que el mero hecho de alquilar una vivienda, por habitaciones, a unos estudiantes, por un periodo mínimo de cinco meses, y un máximo que se correspondería con un curso escolar completo -lapsos temporales que incluso ha confirmado el conserje de la finca, D. Emilio -, pueda calificarse en abstracto como una ACTIVIDAD MOLESTA, INSALUBRE, NOCIVA, PELIGROSA O ILÍCITA, y tampoco pueden estimarse que los hechos relatados en el escrito de demanda -comportamientos muy concretos- sean reiterados, continuos y graves y por ello incívicos y contrarios a la normal convivencia. Dichos comportamientos, claramente reprochables, no pueden guardar correspondencia con la pretensión de conclusión de la actividad de arrendamiento por resultar la misma contraria a la normal convivencia, molesta, incomoda, nociva e insalubre, que se plantea en el presente procedimiento; debiéndose considerar que las incidencias y molestias expresadas pueden y deben ser corregidas, bien por parte de los ocupantes temporales de dicha vivienda, bien en el marco del contrato de arrendamiento celebrado o bien incluso por la autoridad gubernativa en caso de infracción de reglamentos.

QUINTO.- Como consecuencia de la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada.

SEXTO.- Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de TIRPO S.L. contra la sentencia dictada con fecha 17 de marzo de 2017 , debemos acordar y acordamos REVOCAR la misma, y en su lugar, desestimando la demanda formulada por la representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID, debemos absolver y absolvemos a TIRPO S.L. de las pretensiones formuladas, condenando a la parte actoral abono de las costas procesales de la instancia.

Como consecuencia de la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada

Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, 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 .

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ