

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
Sala Civil i Penal

R. de cassació núm. 52/2015

SENTÈNCIA núm. 37

President:

Excm. Sr. Jesús M^a Barrientos Pacho

Magistrats:

Il·lm. Sr. José Francisco Valls Gombau

Il·lm. Sr. Enric Anglada i Fors

Il·lma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Il·lm. Sr. Miguel Angel Gimeno Jubero

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Joan Manel Abril Campoy

Barcelona, 19 de maig de 2016

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'indiquen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 52/2015 contra la Sentència dictada en grau

d'apel·lació per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 75/13 arran de les actuacions de procediment d'ordinari núm. 650/11 seguides davant del Jutjat de 1a Instància núm. 32 de Barcelona. Els Srs. XXXXXXXX. i XXXXXXXX hi han interposat aquest recurs, representats per la procuradora Sra. Eulàlia Rigol Trullols i defensats pel lletrat Sr. Joaquin Sallarès Viader. La COMUNITAT DE PROPIETARIS DEL C. XXXXXXXX, de BARCELONA, part contra la qual es recorre en aquest procediment, ha estat representada per la procuradora Sra. Angela Palau Fau i defensada pel lletrat Sr. José Manuel Alburquerque Becerra.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. La procuradora dels tribunals Sra. Angela Palau Fau va actuar en representació de la Comunitat de Propietaris del c. XXXXXXXX, de Barcelona, per formular la demanda de procediment ordinari núm. 650/11 al Jutjat de Primera Instància, núm. 32, de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat indicat va dictar sentència amb data 20 de setembre de 2012, la part dispositiva de la qual diu el següent:

"Estimo sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Palau Fau en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ XXXXXXXX, BARCELONA frente a los Srs. XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX y XXXXXXXX, representados por el Procurador Sra. Banqué Bover y frente a los Srs. XXXXXXXX y XXXXXXXX, representados por la Procuradora Sra. Rigol Trullols y:

1) Declaro que la actividad desarrollada por los mencionados codemandados en el edificio sito en Barcelona, c/ XXXXXXXX es

molesta para los vecinos, comporta un uso excesivo de las instalaciones comunes y es contraria a la convivencia normal de la comunidad.

2) Condeno a los mencionados codemandados a cesar en la actividad de explotación de viviendas para uso turístico que llevan a cabo en los pisos entresuelo segunda y terceros primera y segunda de dicha comunidad.

3) Condeno a la parte demandada al pago de las costas procesales”.

SEGON. Contra aquesta Sentència, les parts demandades van interposar-hi un recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar sentència en data 13 de febrer de 2015, amb la següent part dispositiva:

“Que, estimant, en part, el recurs d’apel·lació interposat pels senyors XXXXXXXX y XXXXXXXX, d’una part, y XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXXXX y XXXXXXXX, d’altre part, contra la sentència de data vint de setembre de dos mil dotze, dictada pel Jutjat de Primera Instància número 32 de Barcelona en l’assumpte esmentat en l’encapçalament, revoquem la dicta sentència únicament pel que fa a les costes de la primera instància, respecte a les quals no fem especial pronunciament, com tampoc en quant a les de la segona. Retornis el dipòsit constituït per a recórrer”.

TERCER. Contra aquesta Sentència, la representació processal dels Srs. XXXXXXXX i XXXXXXXX va interposar-hi un recurs de cassació. Per mitjà de la interlocutòria de data 25 de juny de 2015, aquest Tribunal es va declarar competent i va admetre a tràmit el recurs interposat, que es va traslladar a la part objecte del recurs perquè pogués formalitzar oposició per escrit en el termini de vint dies.

QUART. Per mitjà de la provisió de data 28 de setembre de 2015, es va tenir per formulada oposició al recurs de cassació i de conformitat amb l'art. 485 de la Llei d'enjudiciament civil es va adiar la votació i decisió per al 7 de març de 2016.

CINQUÈ. Mitjançant la provisió de 7 de març de 2016 es va acordar suspendre l'assenyalament efectuat perquè en conegués el Ple de la Sala i es va assenyalar novament per al dia 25 d'abril de 2016

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Joan Manel Abril Campoy.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. La representació processal dels Srs. XXXXXXXX i XXXXXXXX va interposar recurs de cassació contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona de data 13.02.2015.

Els motius en què fonamenta el seu recurs són els següents. En primer lloc, manifesta que s'ha produït una infracció de l'article 553-40 CCCat amb relació als articles 3.1, 19 i 41 de la Llei 18/2007 del dret a l'habitatge, articles 43 i 50 bis de la Llei 13/2002, de turisme de Catalunya i els annexos I, II i III de la Llei 20/2009 del procediment de control ambiental de les activitats.

Considera que la Sentència objecte de recurs incorre en un error jurídic rellevant per a la decisió d'aquesta controvèrsia plantejada per les parts. Exposa que la unitat immobiliària, XXXXXXXXXXXX, de

Barcelona, és apartament turístic i s'hi desenvolupa una activitat industrial, quan la legalitat vigent diferencia entre els apartaments turístics i els habitatges d'ús turístic. Així, la Sentència impugnada no relaciona l'art. 553-40 CCCat amb la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge i amb la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, així com amb el Decret 159/2012, de 20 de novembre, que regula els habitatges d'ús turístic.

Entén que de la normativa esmentada queda també clara la voluntat del legislador català d'excloure del grup d'allotjaments turístics els habitatges d'ús turístic, de manera que es tracta de dues situacions físiques i jurídiques diverses. En els últims no es presten serveis turístics i no són establiments públics. En aquest sentit, la Llei 20/2009, a diferència dels apartaments turístics, no inclou a la classificació d'activitats amb afectació sobre el medi ambient i les persones els habitatges d'ús turístic.

L'error en què incideix la Sentència impugnada pot deure's a la confusió en què va incidir la Generalitat de Catalunya quan en el Decret 163/1998 tracta conjuntament ambdues figures. Fins que la delimitació entre els apartaments turístics i els habitatges d'ús turístic es va tornar a produir, els habitatges d'ús turístic van haver de sol·licitar llicència administrativa com a apartament turístic, com en aquest cas. Assevera que la Sentència s'equivoca quan considera en abstracte que l'activitat econòmica d'habitatge d'ús turístic és anòmala. Cal mantenir una interpretació objectiva del qualificatiu "normal", com així el va admetre el TSJC en la seva Sentència de 28.04.2014. En canvi, el suport que la Sentència troba en les

sentències del TS de 27-11-2008 i del TSJC de 20-02-2012 són situacions d'explotació industrial d'apartaments turístics.

El segon motiu de cassació denuncia la infracció dels articles 553-10.2 i 553-40 CCCat, quan la Sentència objecte de recurs considera que l'activitat d'apartament d'ús turístic és *per se* en abstracte contrària a la convivència normal, sense prova que acrediti de forma contundent i notòria aquests punts, per la qual cosa es restringeix il·legalment la llibertat dels propietaris sobre els seus elements privatis.

A l'hora de juxtaposar els articles 553-10.2 i 553-40 CCCat, les limitacions a les facultats dominicals sempre han de ser interpretades de manera restrictiva i no de forma extensiva, com així ho han determinat les STSJCat de 23.05 i 3.06.2011. La Sentència impugnada, quan estableix que destinar un habitatge a un ús turístic és contrari a la convivència normal de la comunitat, està limitant la titularitat dominical dels propietaris.

La Sentència parteix del fet que l'activitat és contrària a la convivència normal perquè equipara l'habitatge d'ús turístic a l'activitat hotelera quan no hi ha prova que els turistes ocupants o hostes hagin provocat robatoris o baralles o altres activitats reprovables; no s'imputa el desgast d'elements comuns; les queixes se centren en els pisos XXXXXX I XXXX i es disposava de la preceptiva llicència. Entén que, com va assenyalar aquesta Sala en la STSJC de 20.02.2012, es necessita una prova contundent i de notòria importància que faci traspasar el llindar de la mera incomoditat per convertir-se en actituds reprovables.

Determinar que és contrari a la convivència normal ens situa davant un concepte jurídic indeterminat, però la llei sanciona una actuació que no s'adeqüi a les mínimes normes de convivència usuals en les relacions socials pel que fa al lloc i al temps.

Finalment, considera que el nombre d'habitatges d'ús turístic no esdevé rellevant, sinó que la Sala d'apel·lació va considerar que la sola existència d'un habitatge d'ús turístic ja contravé la convivència normal, per la qual cosa s'infringeix el que estableixen els articles 553-10.2 i 553-40 CCCat.

SEGON. L'anàlisi dels dos motius de cassació pot fer-se de manera conjunta i cal partir de les següents consideracions.

Apartaments turístics i habitatges d'ús turístic en la legislació catalana.

Catalunya constitueix avui dia una destinació turística de primera magnitud, de manera que tota l'activitat relacionada amb el turisme és i ha estat objecte d'atenció pels poders públics de Catalunya.

Ja la Llei de turisme 13/2002, de 21 de juny, va tenir en compte els allotjaments turístics en els articles 43 i 44 i en l'art. 50.4 sense distingir encara entre allotjaments, apartaments turístics o habitatges d'ús turístic.

Posteriorment el preàmbul de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, va mostrar la seva preocupació per la sobreocupació dels habitatges, els infrahabitatges i la conversió

il·legal d'habitatges en allotjaments turístics, precaris, sobreocupats i sotmesos a preus abusius.

La norma va definir en l'article art. 3.1) l'habitatge d'ús turístic com aquell l'ús del qual els propietaris cedeixen a tercers, amb l'autorització de l'Administració competent, en condicions d'immediata disponibilitat per a una estada de temporada, en règim de lloguer o qualsevol altra forma que impliqui contraprestació econòmica.

Després de la promulgació d'aquestes lleis, els allotjaments turístics van ser objecte de regulació administrativa. Primer pel Decret 106/2008, de 6 de maig, que ja els va contraposar a la nova figura de l'habitatge d'ús turístic creada per la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, abans citada, i, posteriorment, pel Decret 183/2010, de 23 de novembre, que va definir els establiments d'allotjament turístic com aquells locals i les instal·lacions oberts al públic on, de manera habitual i amb caràcter professional, les persones titulars ofereixen a les seves persones usuàries, mitjançant un preu, allotjament temporal en les unitats d'allotjament, així com uns altres serveis turístics d'acord amb les condicions establertes en aquesta norma, sense que en aquest cas poguessin constituir-se en habitatges.

Per la seva banda, la regulació dels habitatges d'ús turístic va ser desenvolupada pel Decret 164/2010, de 9 de novembre, que va pretendre conciliar els interessos generals de la col·lectivitat —atès el que a Catalunya representa l'activitat relacionada amb el turisme com a font de riquesa i de desenvolupament econòmic (al voltant del 12,5 del PIB)— amb els interessos particulars dels ciutadans afectats.

En aquest reglament es va definir l'habitatge d'ús turístic com aquell que té l'autorització administrativa pertinent i els seus titulars per si o a través d'un intermediari en cedeixen l'ús a tercers en condicions d'immediata disponibilitat per a una estada de temporada, en règim de lloguer o sota qualsevol altra forma que impliqui contraprestació econòmica (art. 1).

Amb tot, l'art. 3.3 del Decret esmentat ja va establir que no era possible destinar un habitatge a ús turístic si estava prohibit per l'ordenació d'usos del sector on es trobés o si estava limitat pels estatuts de la comunitat en edificis sotmesos al règim de la propietat horitzontal, de conformitat amb l'article 553-11 del llibre V del CCCat a què abans ens hem referit.

A l'art. 3.4 es recorda que el propietari de l'habitatge és responsable de la destinació que hi dóna amb caràcter general, incloses les obligacions i limitacions derivades del règim de propietat horitzontal, davant la comunitat de propietaris i de tercers, d'acord amb el que s'estableix en els articles 553-37, 553-40 i 553-47 del Codi civil de Catalunya, aquests últims reguladors de les activitats molestes.

El mateix Reglament possibilita l'actuació dels titulars dels habitatges d'ús turístic davant els comportaments incívics dels ocupants d'aquests en indicar en l'art. 5.8 que "En el cas que la persona usuària d'un habitatge d'ús turístic atempti contra les regles bàsiques de la convivència o incompleixi ordenances municipals dictades a l'efecte, la persona titular de la propietat o la persona intermediària responsable de la comercialització de l'habitatge ha de requerir, en el termini de 24 hores, el cessionari perquè abandoni l'habitatge".

La concepció dels apartaments turístics i dels habitatges d'ús turístic tal com van quedar definits després de la promulgació de la Llei 9/2011, de 29 de desembre, que va modificar la Llei de turisme de 2002 i la Llei de l'habitatge de 2007, va donar peu a integrar en un sol Decret, el 159/2012, de 20 de novembre (que no es trobava en vigor quan es va cedir l'habitatge objecte d'aquest litigi, encara que sí avui dia), la regulació dels establiments d'allotjament turístic i els habitatges d'ús turístic i la consegüent derogació dels decrets 164 i 183/2010.

D'aquesta manera, els establiments d'apartaments turístics són edificis o conjunts continus constituïts en la seva totalitat per apartaments o estudis, com a establiment únic o com a unitat empresarial d'explotació, amb els serveis turístics corresponents (art. 37 del Decret 159/2012), mentre que els habitatges d'ús turístic (art. 66 i seg.) són aquells que són cedits pel seu propietari directament o indirectament a tercers de forma reiterada a canvi de contraprestació econòmica, havent de trobar-se suficientment moblats i dotats dels béns necessaris així com garantir-se un servei de manteniment, per la qual cosa poden trobar-se situats en edificis d'habitatges sotmesos a les normes de la propietat horitzontal, sens perjudici —com ja hem dit— que tampoc administrativament es podrà exercir l'activitat si es troba limitada pels Estatuts de la comunitat degudament inscrits (art. 68,6).

TERCER. *Activitats prohibides en els elements privatis en el règim de propietat horitzontal*

El Codi civil de Catalunya, en la redacció primitiva, amb deficient tècnica legislativa, ja superada per la Llei 5/2015, de 13 de maig,

disposava en l'art. 553-40.1 que *“els propietaris i els ocupants dels elements privatis no hi poden fer activitats contràries a la convivència normal en la comunitat o que malmetin o facin perillar l'edifici. Tampoc no poden fer les activitats que els estatuts o la normativa urbanística i d'usos del sector on hi ha l'edifici exclouen o prohibeixen de manera expressa”*, i en l'art. 553-47, tant amb relació als elements privatis com als comuns, que *“els propietaris i els ocupants de pisos o locals no poden fer, en l'element privatiu o en la resta de l'immoble, activitats que els estatuts prohibeixin, que siguin perjudicials per a les finques o que vagin en contra de les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives, perilloses o il·lícites”*.

Ambdós preceptes responen a la idea que el propi dret no ha de traduir-se en perjudici del dret aliè, per la qual cosa es legitima la comunitat de propietaris per fer cessar les activitats no permeses, que seran: a) les excloses o prohibides de manera expressa pels estatuts, és a dir, que provinguin de la lliure voluntat dels copropietaris; b) les excloses de manera expressa per la normativa urbanística i d'usos del sector (la qual cosa obligarà a examinar aquesta normativa); c) les que vagin contra les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives o perilloses, en el cas de Catalunya regulades en la Llei 20/2009, de 4 de desembre; d) altres d'il·lícites (sense especificar); e) finalment, com a clàusula general, les activitats o conductes que sense estar compreses en les anteriors, siguin contràries a la convivència normal en la comunitat o que danyin o facin perillar l'edifici.

Doncs bé, l'ús de l'habitatge que ens ocupa en aquest recurs de cassació (el pis XXXXXXXX, de Barcelona) amb fins turístics, no consta

que estigués prohibit en els Estatuts comunitaris quan es va iniciar l'activitat. Aquesta Sala té establert en les STSC 3.6.2011 i en la de 20.2.2012, amb citació de la doctrina del Tribunal Suprem, que la mera descripció inicial que els propietaris originals de tota la finca fessin dels diferents departaments en l'escriptura de divisió horitzontal, no obliga el posterior propietari de l'element privatiu, ja que en presumir-se lliure la propietat, de conformitat amb l'art. 348 del CC avui 541-1.1 CCCat, pot canviar-se després la destinació de la finca, si no es contravé alguna disposició legal o contractual.

També ens referíem al fet que l'article 553-10.1,c) del CCCat, en la primera redacció, va recollir el sentir de la jurisprudència comentada, en establir que no cal el consentiment de la junta de propietaris per a la modificació del títol de constitució si la motiven: "c) Les alteracions de la destinació dels elements privatis, llevat que els estatuts les prohibeixin", doctrina, d'altra banda, d'acord amb els principis que inspiren l'ordenament civil de Catalunya exposats entre altres en l'article 111-6 de la Llei primera del CCCat, en què s'estableix el principi de llibertat civil, raó per la qual les activitats que no poden fer-se en la finca per voluntat de la comunitat han de trobar-se expressament prohibides en els Estatuts.

Sense que, a més, la limitació pot ser aplicada amb caràcter retroactiu segons que hem vist abans.

Tampoc no es tracta d'una activitat il·lícita ni prohibida per la llei, sinó expressament permesa per una norma amb rang legal, la Llei d'habitatge de 2007, tal com s'ha exposat en l'anterior fonament jurídic.

L'activitat no es troba exclosa per les normes urbanístiques del sector ni tampoc no va en contra de les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives, perilloses, ja que no està establerta en cap dels annexos de la llei catalana 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats ja que l'annex III, punt 12,57, es refereix a establiments d'apartaments turístics, no als habitatges d'ús turístic.

Tampoc l'activitat *per se* en abstracte suposa un dany o perill per a l'edifici en la mesura en què l'ús intensiu dels elements comunitaris pel tràfec dels ocupants, que dit sigui de passada, no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat, sinó d'unes altres com despatxos professionals o locals oberts al públic, pot ser compensat mitjançant l'activació del mecanisme previst en l'art. 553-45.4 CCCat, conforme al qual el títol de constitució o la junta poden establir un increment de la participació en les despeses comunes que correspon a un element privatiu concret, en el cas d'ús o gaudi especialment intensiu d'elements o serveis comuns com a conseqüència de l'exercici d'activitats empresarials o professionals en el pis o el local.

QUART. *Resolució del recurs de cassació*

La part recurrent, els propietaris de XXXXXXXX, planteja únicament recurs de cassació contra la Sentència de la Sala d'apel·lació i no hi interposa cap recurs extraordinari d'infracció processal, de manera que els fets declarats provats queden incòlumes en cassació.

Així, en el fonament de dret tercer de la Sentència impugnada, es llegeix que "No podem passar per alt que els valuosos testimonis dels integrants de la comunitat compareguts al judici van coincidir a destacar que les queixes les centraven bàsicament en l'explotació turística dels pisos XXXX i XXX, mentre que l'activitat homònima duta a terme a XXXXXXXX no provocava al seu parer incidents remarcables", i que els titulars dels elements privatis contra els quals s'adreça la demanda tenen la pertinent llicència municipal que autoritza la seva activitat.

Malgrat aquesta absència de molèsties remarcables, l'Audiència (FD4, ja no en seu de fets provats sinó sota el títol "Determinació del supòsit normatiu que empara l'acció de cessació de la comunitat") assumeix el criteri del jutjador d'instància, segons el qual s'equipara l'explotació turística dels apartaments litigiosos amb l'activitat hotelera pròpiament dita. Però, a aquest respecte indica que *la ratio decidendi* no és aquesta sinó una altra: "Però en realitat no fa falta arribar a una conclusió positiva al respecte. Del que es tracta fonamentalment és de si l'activitat que es realitza en els departaments és contrària a la convivència normal en la comunitat, que és l'únic supòsit, dels previstos en els articles 553-40 i 553-47, en que es pot incloure".

La situació enjudiciada en aquest procediment no pot, a diferència del que sustenta l'Audiència, ser assimilada als precedents de les sentències del Tribunal Suprem, de 27-11-2008 i d'aquest Tribunal de 20-02-2012, citades per la Sala d'apel·lació, ni de 28-04-2012, també d'aquesta Sala.

Així, en la primera no s'afirma que l'activitat d'habitatge d'ús turístic no es trobi permesa en abstracte, sinó que es va qualificar d'explotació hotelera la destinació turística de 10 apartaments d'un bloc de 24 habitatges, a més de constatar-se una sèrie d'actes contraris a les normes més elementals de convivència descrites en el primer Fonament Jurídic de la Sentència. Així, el mal ús de l'ascensor, sorolls i festes nocturns, vandalisme, brutícia en els replans amb restes de menjar, ampolles i preservatius i robatoris.

En la segona Sentència l'activitat projectada era una activitat industrial de recollida d'escombraries i tractaments de residus incompatible en un complex d'habitatges i locals al centre de la ciutat.

I en la STS de 27 novembre de 2008 es tractava d'una activitat hotelera en un edifici residencial que es duia a terme com a prolongació de l'hotel contigu, amb serveis de neteja, etc.

Rebutjada l'assimilació en aquest cas als supòsits resolts pel Tribunal Suprem i per aquest Tribunal, la Sala d'apel·lació centra la seva anàlisi en si l'existència d'apartaments turístics (*rectius*, habitatges d'ús turístic) —molts o pocs— integrats en un edifici residencial plurifamiliar constitueix o no una activitat contrària a la convivència normal.

La Sentència impugnada estima que el concepte de convivència normal comporta un estil de vida i unes pautes de relació veïnal que són difícils de compatibilitzar amb el contacte amb persones que, en la seva condició d'hostes, entren i surten de l'immoble a tota hora, atesa la finalitat primordialment lúdica que motiva la seva curta estada a Barcelona. I independentment del nombre d'entitats que es destinen a un ús turístic, manifesta que l'activitat turística en un edifici resulta contrària a la convivència normal en l'immoble, perquè n'incrementa l'ús i perquè el canvia, amb repercussió en els altres departaments i en els seus ocupants. En altres paraules, la Sentència que ara s'impugna entén que "en abstracte" (cal recordar que els recurrents són els titulars de l'entresòl 2a que no presenta incidències a aquest respecte) l'existència d'habitatges d'ús turístic (que de vegades qualifica d'apartaments turístics i d'altres d'activitat d'explotació turística) en una comunitat de propietaris suposa per si una activitat contrària a la convivència normal.

Ara n'hi ha prou amb recordar el que hem exposat anteriorment. L'activitat consistent en l'existència d'habitatges d'ús turístic no pot conceptuar-se com una activitat il·lícita, sinó que es troba admesa expressament per la llei (no només per una norma reglamentària com indica la Sentència impugnada), com és la Llei de l'habitatge, a què abans ens hem referit.

L'activitat no es troba prohibida per les normes estatutàries ni per les normes urbanístiques del sector, alhora que tampoc no va en contra de les disposicions generals sobre activitats que molesten, insalubres, nocives, perilloses, ja que no està establerta en cap dels annexos de la Llei catalana 20/2009 de 4 de desembre, de prevenció i control

ambiental dels activitats, ja que l'annex III, punt 12,57, es refereix a establiments d'apartaments turístics, no als habitatges d'ús turístic.

L'activitat *per se* en abstracte no constitueix un dany o perill per a l'edifici. En aquest sentit, l'ús intensiu dels elements comunitaris pel tràfec dels ocupants, que dit sigui de passada, no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat, sinó d'unes altres com despatxos professionals o locals oberts al públic, pot ser compensat mitjançant l'activació del mecanisme previst en l'art. 553-45,4 CCCat. Segons aquest precepte, el títol de constitució o la Junta poden establir un increment de la participació en les despeses comunes que correspon a un element privatiu concret, en el cas d'ús o gaudi especialment intensiu d'elements o serveis comuns com a conseqüència de l'exercici d'activitats empresarials o professionals en el pis o el local.

En definitiva, no pot concloure's que en abstracte l'existència d'habitatges d'ús turístic suposi una activitat contrària a la convivència normal en la comunitat, sinó que és necessari que l'ús que se'n fa pugui titllar-se d'anòmal o antisocial, com a conseqüència d'una sèrie de conductes o actuacions que mereixin la consideració d'incíviques. Tot i que aquesta anàlisi haurà de produir-se cas per cas.

La Sentència d'aquesta Sala de 28 d'abril de 2014 amb citació de l'STSJC 17/2012, de 20 de febrer, estableix la necessitat que les activitats que emprenguin els seus propietaris en els elements privatis es desenvolupin dins els límits de la normalitat de l'ús i tolerabilitat pels restants veïns ateses les condicions de lloc i la naturalesa dels immobles d'acord amb les normes de la bona fe.

Certament, tal com indica la STSJC de 17/2012 de 20 de febrer la qualificació d'una concreta activitat com a molesta i contrària a la convivència normal de la comunitat pot donar lloc pel seu caràcter de concepte jurídic indeterminat a un ampli ventall de possibilitats, fet que esdevé una qüestió casuística que haurà de ser resolta de conformitat amb les circumstàncies de cada cas concret, i s'ha d'entendre com a "convivència normal" la que es produeix en circumstàncies estàndards o que s'ajusta a les normes o regles de conducta predeterminades o fixades per endavant.

Aquesta Sentència en relació amb activitats de tipus turístic ja va determinar que el que era sancionable era l'exercici anòmal i antisocial del dret, revelat per una sèrie de conductes incíviques continuades i greus.

Aquestes conductes es relacionaven en el primer fonament jurídic d'aquella resolució i consistien en el mal ús continu de l'ascensor, reiterats sorolls i festes nocturnes, actes de vandalisme, brutícia en els replans amb restes de menjar, ampolles i preservatius i robatoris.

En el cas que ens ocupa, ja s'ha vist que XXXXXXXXXXXX no produeix incidències remarcables en la convivència normal de la comunitat, per la qual cosa, al marge del mecanisme de l'art. 553-45.4 CCCat, que permet en aquells casos d'un ús intensiu dels elements comuns l'increment en la participació en les despeses comunes, el recurs ha de ser estimat, en entendre's produïda la vulneració del que disposa l'art. 553-40 CCCat, i la Sentència de l'Audiència Provincial cassada.

CINQUÈ. L'èxit d'aquest recurs de cassació ha de limitar-se, en consideració al principi dispositiu i de congruència, sense que resulti

possible que se n'estenguin els efectes, atès que la incidència de les activitats dels diferents habitatges és diferent, únicament als recurrents titulars de l'entitat XXXXXXXXX.

Tenint en compte l'estimació, no escau imposar les costes del recurs de cassació. Tampoc no escau imposar les costes del recurs d'apel·lació ni de primera instància, en consideració als dubtes de dret que pot motivar el concepte jurídic indeterminat de la convivència normal (art. 394 i 398 LEC 1/2000), com així va ser resolt per la Sentència impugnada.

DECISIÓ

LA SALA CIVIL I PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DECIDEIX:

ESTIMAR el recurs de cassació interposat per la representació processal dels Srs. XXXXXXXX i XXXXXXXX contra la Sentència de data 13 de febrer de 2015 dictada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 75/13 i, en conseqüència, **CASSAR** la Sentència de l'Audiència pel que fa als recurrents, confirmatòria, excepte en les costes processals, de la Sentència de primera instància, i declarar que escau desestimar la demanda formulada per la Comunitat de Propietaris del carrer XXXXXX, contra els Srs. XXXXXXXX i XXXXXXXX. **NO escau imposar** les costes d'aquest grau processal ni de les instàncies, amb devolució del dipòsit constituït.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades i, juntament amb un testimoniatge, remeteu el rotlle i les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència.

Així, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ. Avui han signat i publicat aquesta Sentència els magistrats d'aquesta Sala que l'han dictat. En dono fe.