



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

Sentencia 668/2016, de 20 de diciembre de 2016

Sección 2.^a

Rec. n.º 261/2015

SUMARIO:

Acción reivindicatoria. Comunidad de propietarios. Elementos comunes. Patio de luces. Obras y huecos abiertos al mismo. Instalación de aparatos de aire acondicionado. Inexistencia de acuerdos comunitarios. La sentencia de apelación confirma la de instancia que desestima la demanda en ejercicio de una acción reivindicatoria respecto de parte de un patio común con condena de los demandados a derribar la edificación ejecutada en dicho terreno, cerrar los huecos de luces y vistas abiertos a dicho patio y retirar los compresores de aire acondicionado instalados por no contar con autorización de los otros condueños. Es admitido por ambas partes que el patio es un elemento común y el problema estriba en la fijación de su superficie para determinar si efectivamente se ha producido o no su ocupación por parte de los demandados/apelados. En este sentido, no se acoge la acción reivindicatoria ya que el plano parcelario catastral no fija la ocupación en la forma que defiende la apelante, por lo que no se puede entender identificada la parte de patio que se dice ocupada por la parte apelada. En cuanto al hueco abierto en la fachada para instalar el contador de la electricidad, a tenor del art. 396 Código Civil, la fachada es elemento común y por ende inalterable salvo acuerdo unánime de los propietarios. En el caso, consta en autos un acuerdo para remodelar el cuarto de contadores adaptándolo a la normativa vigente. Por último, ha quedado admitido que los compresores de aire acondicionado están colocados en la fachada del inmueble, sobre el recinto del patio de luces. En relación al aparato de aire acondicionado y su necesidad en el tiempo actual existe doctrina jurisprudencial que entiende que, existiendo acuerdos comunitarios en relación a la colocación de los aparatos de aire acondicionado, ha de estarse a los acuerdos alcanzados, pero no existiendo éstos se propugna una interpretación amplia entendiendo que es procedente la colocación de estos aparatos sin necesidad de autorización y salvo que genere molestias a los demás vecinos. En el caso, no ha quedado acreditado que la Comunidad de Propietarios haya adoptado acuerdo alguno sobre la autorización o no para la colocación de estos elementos y por tanto tampoco existe acuerdo sobre lugar idóneo de colocación.

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 396.
Ley 49/1960 (LPH), arts. 5, 7 y 17.

PONENTE:

Doña María Isabel Ochoa Vidaur.

Magistrados:

Don JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA
Don RAFAEL CANCER LOMA



www.civil-mercantil.com

Don ALFONSO CARRION MATAMOROS
Doña MARIA ISABEL OCHOA VIDAUR
Doña INMACULADA ORTEGA GOÑI

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

TOLEDO

SENTENCIA: 00668/2016

Rollo Núm. 261/2015.-

Juzg. 1ª Inst. Núm. 2 de Talavera de la Reina.-

J. declarativo Ordinario Núm..... 212/2014.-

TESTIMONIO

SENTENCIA NÚM. 668

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION SEGUNDA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAFAEL CANCER LOMA

D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS
Dª ISABEL OCHOA VIDAUR
Dª INMACULADA ORTEGA GOÑI

En la Ciudad de Toledo, a veinte de diciembre de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 261 de 2015, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, en el juicio declarativo Ordinario núm. 212/2014, sobre acción reivindicatoria y otras, en el que han actuado, como apelante D Eulogio y Raquel, representados por el Procurador de los Tribunales Sr D Ricardo Sánchez Calvo y defendido por el Letrado Sr D Alfonso de la Rocha; y como



www.civil-mercantil.com

apelados D Francisco y D^a Serafina, representados por el Procurador de los Tribunales Sra D^a Mercedes Jiménez Sevilla y defendidos por la Letrado Sra D^a Marta Moreno Rodríguez.

Es Ponente de la causa la Ilma. Sra. D^a ISABEL OCHOA VIDAUR, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

Primero:

Por el Juzgado de 1^a Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, con fecha 8 de mayo de 2015, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Que desestimando la demanda interpuesta, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos deducidos de contrario en el escrito inicial de demanda, sin hacer expresa imposición de las costas causadas, costeando cada una las de su instancia y las comunes por mitad...."

Segundo:

Contra la anterior resolución y por D Eulogio y D^a Raquel, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, y se articularon por escrito los concretos motivos del mismo, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero:

D Eulogio y D^a Raquel presentan demanda de juicio ordinario contra D Francisco y D^a Serafina ejercitando acción reivindicatoria respecto de parte de un patio común y la condena de ambos demandados al derribo de la edificación ejecutada en dicho terreno, a cerrar los huecos de luces y vistas abiertos a dicho patio y a eliminar la servidumbre de tendido eléctrico y de vertiente de aguas pluviales instada para beneficio de las nuevas viviendas construidas que atraviesan la propiedad privativa de los actores y que han sido realizadas sin consentimiento de los propietarios afectados y a retirar los compresores de aire acondicionado instalados sobre el espacio aéreo del patio de luces que tampoco cuentan con autorización de los otros condueños y a cerrar el hueco abierto en la fachada para la colocación de un armario en el que instalar un contador, dejándolo en las mismas condiciones que el resto de la fachada al no haberse solicitado autorización de los otros condueños.

Ampara la pretensión en los siguientes hechos que extractamos:



www.civil-mercantil.com

-D Eulogio y esposa y D Francisco y esposa adquieren para su sociedad de gananciales por mitad y en proindiviso una finca urbana o solar y dos fincas rústicas por 700.000 euros

-sobre la urbana se edifica y se divide horizontalmente

-seguidamente se divide el condominio adjudicando lotes

-en el edificio construido se cuenta con un patio elemento común

-los demandados en la nave que se les adjudicó han construido una vivienda invadiendo 7,91 m2 del patio elemento común

-además en esa transformación de local a vivienda han cambiado la vertiente de aguas, han abierto huecos de luces y vistas rectas inexistentes, han abierto ventana doble en planta superior, han instalado 3 compresores para la climatización que vuelan sobre el patio, han realizado un tendido eléctrico subterráneo que atraviesa la nave del actor sin su consentimiento y conectado instalando un contador en la fachada de la nueva vivienda sin contar con la aprobación comunitaria y han abierto hueco en la fachada y empotrado un armario de PVC para instalar contador.

La parte demandada, emplazada, se personó en autos y contestó a la demanda. En dicha contestación, además de articular una serie de excepciones se opuso al fondo por cuanto, además de puntualizar en cuanto a la adquisición del local, la declaración de obra nueva y la división horizontal, si bien acepta la disolución del condominio no admite la ocupación que se le imputa del patio ni la medición que realiza.

Admite haber efectuado la adaptación del local comercial a vivienda pero sin alteración y negando la ocupación. Niega también la alteración de la vertiente de tejados, la apertura de huecos no autorizada.

Sostiene que los compresores están en la fachada no principal haciendo un uso inocuo de los elementos comunes y que las máquinas no molestan

Niegan la modificación del tendido eléctrico.

La sentencia finalmente ha desestimado la demanda y absuelto a la parte demandada.

La parte actora/apelante articula su recurso entendiendo que, a su juicio, no se ha llegado a interpretar correctamente el objeto de sus pretensiones y el recto sentido y finalidad de las pruebas practicadas y en la segunda instancia "intenta aclarar", partiendo de la configuración de los elementos comunes, para seguidamente defender con la prueba pericial la ocupación de una superficie del patio, elemento común.

Llegados a este punto vamos a afirmar un extremo obvio: el patio es elemento común (admitido por ambas partes) y el problema estriba en la fijación de su superficie para determinar si efectivamente se ha producido o no su ocupación por parte de los demandados/apelados.

Partimos para ellos de la escritura de obra nueva, división horizontal y disolución de la comunidad en la que se recoge que D Nemesio, dueño de pleno dominio de la urbana NUM000 sita en TRAVESIA000 nº NUM001 de Mejorada y de dos rústicas, la NUM002 y la NUM003 habiendo convenido hace más de 10 años la venta de las fincas descritas y siendo deseo de las partes documentarlo en escritura pública lo lleva a efecto y vende a D Eulogio y su esposa la 1/2 indivisa de la urbana y la rústica NUM002 y a Francisco y su esposa la 1/2 indivisa de la urbana y la rústica NUM003 por precio que confiesa que ha recibido con anterioridad.

Al propio tiempo que la c-v disponen la declaración de obra nueva (ON).

D Eulogio y esposa y D Francisco y esposa construyeron sobre la citada urbana/solar edificio en TRAVESIA000 de Mejorada nº NUM001 compuesto de planta NUM004, NUM000 y NUM002 destinadas a:



www.civil-mercantil.com

-planta baja: 2 naves o locales y portal de acceso a plantas superiores y patio de luces y vistas

-resto de plantas a vivienda en cada una distribuidas en varias dependencias

División Horizontal: se decide en el mismo acto proceder a la parcelación horizontal y división en pisos y lo dividen en:

-local 1: superficie aproximada 90 m²

-local 2 y local 3 superficie de 35 y 130 m² aproximadamente

-piso vivienda NUM000 con superficie de 170 m²

-piso vivienda NUM002 con superficie de 170 m²

Además se establecen una serie de normas estatutarias, que analizaremos con detalle posteriormente, de ser necesario

También se disuelve la Comunidad y se adjudica:

A D Francisco y esposa las naves 1 y 2 y el piso NUM002 (elemento 5)

A D Eulogio se le adjudica la nave 3 y el piso NUM000

El valor de la adjudicación es igual y no deben abonarse diferencia ninguna.

El patio es elemento común y según nota simple informativa acompañada como documento nº 2 con la demanda el local nº de orden 2 tiene una superficie construida de 35 m² y linda al fondo con el patio de luces.

El demandado ha admitido que en la nave 2, finca 2509 ha realizado reformas para darle el uso de vivienda.

Partiendo de estos extremos vamos a analizar la acción reivindicatoria.

Someramente sólo para apuntar que para que prospere es necesario que el reivindicante justifique y pruebe que es el propietario a título de dominio, que la dirija contra la persona que tenga la posesión de la cosa sin ostentar derecho que le faculte su posesión o derecho de una menor intensidad que el del reivindicante, y que sólo procede para reclamar una cosa señalada, concreta y determinada. La cosa ha de quedar debidamente identificada pues lo que se pretende es la condena al demandado a la restitución de dicha cosa.

Admitida la legitimación para el ejercicio de la acción frente a un comunero, entendiéndose que se actúa en beneficio de la comunidad y partiendo de que lo que se reivindica es una superficie del patio de luces, elemento común, vamos a acudir a los informes periciales obrante en autos para examinar si efectivamente esa ocupación al acometer las obras de adaptación de la nave a vivienda se ha producido.

Los informes de partes son contradictorios.

El perito de parte demandada partiendo de la superficie del solar de unos 300 m² sumadas las superficies de las naves de planta baja 90, 30 y 35 y con una superficie de vestíbulo de entrada de 21,48 metros, considera que el patio mediría 23,52 metros y según su medición no existe invasión del patio común (folio 122)

Además como documento nº 8 en la contestación se ha aportado medición de superficie construida por el demandado que arroja 70 m², 35 en cada planta con lo que tampoco habría ocupación

Frente a estas afirmaciones el perito de parte actora lleva una medición diferente. Parte de una superficie de parcela de 317 metros y atribuye al patio una superficie de 32,04 metros y como ocupada 7,91 que equivaldría a una superficie total construida de 15,82 metros (al disponer de dos plantas)



www.civil-mercantil.com

Estas afirmaciones las corrobora con un plano de parcelación catastral en el que señala en rojo la parte del patio y señala debajo la superficie construida/ocupada.

Al respecto vamos a poner de manifiesto que la superficie de la parcela vendida, es aproximada de unos 300 metros, e ignoramos de dónde obtiene los 317 metros de los que parte (la denominada aclaración resumen de superficies, es cuestionable y obra al folio 32), siendo este un dato cierto y seguro para detraer las superficies construidas y fijar la porción de patio ocupada. El problema es que si cambiamos esa superficie, cambia la medida del patio y del vestíbulo (medición en la que tampoco existe acuerdo) y en consecuencia la ocupación y así lo comprobamos fácilmente si estamos a las mediciones del perito de la contraparte. Y desde luego el plano parcelario catastral no fija la ocupación en la forma que defiende la apelante/actora, por lo que la conclusión es obvia, no podemos entender identificada la parte de patio que se dice ocupada por la parte apelada/demandada, debiendo mantener la desestimación acordada en este punto por la sentencia objeto de recurso al no haber quedado constatada la detentación sin título que de la superficie del patio común haya llevado a cabo la parte demandada y ello por no haber quedado determinada la superficie del patio común en la que se discrepa.

Desestimada la acción reivindicatoria por falta de pruebas, seguidamente la parte actora/apelante articula su recurso sobre el hueco abierto en la fachada para colocar un armario en el que instalar el aparato de contador de la electricidad.

Considerada la fachada un elemento común inalterable, es patente que la falta de consentimiento acarrea la ilegalidad de la obra

Efectivamente la fachada, a tenor del art 396 Código Civil es elemento común y por ende inalterable salvo acuerdo unánime de los propietarios.

Ahora bien, en autos consta aportados como documentos nº 3 y ss con la contestación a la demanda convocatoria de Junta de Comunidad y aprobación en segunda convocatoria de acuerdo para remodelar el cuarto de contadores adaptándolo a la normativa vigente.

Dicho acuerdo es válido y eficaz en tanto en cuanto no conste su impugnación.

Sobre la conducción eléctrica "clandestina".

Reza la demanda en el hecho 4º que para dar servicio de electricidad a la nueva vivienda construida por los demandados y a partir del cuadro de contadores existente en el portal han realizado un tendido eléctrico subterráneo que atraviesa la nave de los actores, sin su permiso y el perito (folio 33) señala que la servidumbre de paso de instalaciones se ha realizando atravesando la nave de Dª Raquel

El problema se ha planteado sobre si ha quedado viva tras la concreción de los hechos que se llevó a cabo en la audiencia previa.

En audiencia previa la parte actora/apelante, a juicio de la Sala, ha concretado su pretensión a un "interés sobre los elementos comunes" exclusivamente, a fin y efecto de evitar una confusión que podría acarrearle falta de legitimación. De hecho, el Letrado, en su intervención afirma actuar siempre en interés de la comunidad cuando se refiere a la acción negatoria de servidumbre

Si esto es así, la acción ejercitada por el transcurrir de conducción eléctrica por sus elementos privativos, adolece de falta de legitimación pues no actúa en interés de la comunidad sino que actúa un interés privativo o particular

Es más, si acudimos al minuto 20:04 de la grabación de la AP observamos cómo al fijar la controversia la parte actora concretaba como extremos controvertidos la determinación precisa de la superficie del patio de luces para establecer si se ha ocupado o no por el demandado, dado que las obras efectuadas con alteración en elementos comunes no se han negado.



www.civil-mercantil.com

No es fácil entender, si la instalación a la que nos referimos atraviesa el local propiedad de los actores/apelantes que éstos no hayan tenido conocimiento de la misma y tampoco es fácil encajar esta pretensión en esa defensa de la alteración de elementos comunes tratándose de su nave privativa.

Así en este punto el recurso tampoco puede ser estimado.

La retirada de compresores de aire acondicionado.

Ha quedado admitido que los compresores de aire acondicionado están colocados en la fachada del inmueble, sobre el recinto del patio de luces, elemento común.

Según se sostiene en el peritaje acompañado con la demanda "cuando están en funcionamiento generan flujos de aire cálido en verano que afectan al uso del patio"

No ha quedado acreditado que la Comunidad de Propietarios haya adoptado acuerdo alguno sobre la autorización o no para la colocación de estos elementos y por tanto tampoco existe acuerdo sobre lugar idóneo de colocación.

El Código Civil, en su artículo 396, complementado por la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960 de 29 julio, se ocupan del régimen de esta propiedad especial, distinguiendo, claramente, entre elementos comunes y privativos, para hacer descansar su régimen jurídico en la propia regulación legal, que tiene como soporte los estatutos de la comunidad de propietarios

Se desprende del artículo 7 de la repetida ley, que cada propietario puede, dentro de su piso o local, introducir las modificaciones de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios con que cuente siempre que no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad; en el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advierte la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador, este derecho de cada propietario, que recoge el artículo 7 ya referido, no posibilita ni permite que un comunero altere las propias características de la configuración de los elementos comunes, pues con ello se modificaría el título constitutivo de la propiedad horizontal, variando, por propia iniciativa, la cuota de participación que corresponde a cada piso o local dentro del conjunto (artículo 5 de la citada ley), sin atenerse al régimen establecido para la adopción de los acuerdos en este marco de propiedad especial, que plasma, en cuanto a la unanimidad y mayorías de rigor, el artículo 17 de la misma ley. Siendo cuestión distinta que, operada aquella modificación al margen de la ley de propiedad horizontal, se consienta tácitamente por el resto de los propietarios y que éstos, de otra parte, no promuevan las acciones que pudieren corresponderles para terminar con aquella situación en los plazos de prescripción regulados en el Código Civil.

No discutido que la fachada donde están colocados los compresores es elemento común y que éstos dan al patio de luces, y no acreditado tampoco que la Comunidad haya autorizado su colocación, es lo cierto que en relación al aparato de aire acondicionado y su necesidad en el tiempo actual existe doctrina jurisprudencial aplicada en la SAP de Madrid Sección 18 de 12 de junio de 2008 que entiende que, existiendo acuerdos comunitarios en relación a la colocación de los aparatos de aire acondicionado, ha de estarse a los acuerdos alcanzados, pero no existiendo éstos se propugna una interpretación amplia entendiendo que es procedente la colocación de estos aparatos sin necesidad de autorización y salvo que genere molestias a los demás vecinos.

Si aplicamos la doctrina expuesta al supuesto de autos no podemos sino poner de manifiesto que la sola manifestación del perito de parte actora de que generan daños ha quedado huérfana de prueba y esta orfandad es lo que nos lleva a la desestimación del motivo



www.civil-mercantil.com

argumentado por la parte al formalizar el recurso de apelación, manteniendo la decisión de la resolución apelada.

La Sala considera que ha quedado al margen del recurso la pretensión relativa a la apertura de huecos y ventanas pues el recurso no se refiere a este extremo.

Ello no obstante vamos a estar a los Estatutos de la Comunidad que las partes recogieron en la escritura de c-v, ON, DH y División del condominio.

L

Segundo:

En méritos a lo que se acaba de exponer, procede ratificar íntegramente la resolución recurrida, con desestimación del recurso que ha sido interpuesto.-

Tercero:

Las costas procesales se impondrán al recurrente, por aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

F A L L O:

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D Eulogio y D^a Raquel, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, con fecha 8 de Mayo de 2015, en el procedimiento núm. 212/2014, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional décimo quinta L.O. 1/09 se hace saber a las partes que no se admitirá a trámite ningún recurso, sino se justifica la constitución previa del depósito para recurrir en la cuenta de depósitos, lo que deberá ser acreditado.

Nº de c/c 4328 0000 + clave + nº de procedimiento y año.

Claves:

- 00 (reposición) (25 euros).
- 01 (revisión resolución secretario) (25 euros).
- 02 (apelación) (50 euros).
- 03 (queja) (30 euros).
- 04 (infracción procesal) (50 euros).
- 05 (revisión de sentencia) (50 euros).
- 06 (casación) (50 euros)

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a ISABEL OCHOA VIDAUR, en audiencia pública. Doy fe. En Toledo a 29/12/2016.

La presente concuerda con su original al que me remito. Doy fe.-



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.