



Roj: **SAP MU 1023/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:1023**

Id Cendoj: **30016370052019100216**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **122/2019**

Nº de Resolución: **115/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO ARESTE SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**CARTAGENA**

**SENTENCIA: 00115/2019**

Modelo: N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

-

**Teléfono:** 968.32.62.92. **Fax:** 968.32.62.82.

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: JFS

**N.I.G.** 30035 41 1 2017 0001353

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000122 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SAN JAVIER

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000183 /2017

Recurrente: Felisa

Procurador: RAQUEL GARRE LUNA

Abogado:

Recurrido: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000

Procurador: CARLOS MANUEL RODRIGUEZ SAURA

Abogado:

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA**

**SECCION QUINTA (CARTAGENA)**

**ROLLO DE APELACION Nº 122/2019**

**JUICIO ORDINARIO Nº 183/2017**

**JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº 3 DE SAN JAVIER**

**SENTENCIA NUM. 115**

**Il'tmos. Sres.**

Don Jacinto Aresté Sancho



Don Juan Ángel Pérez López

Don José Francisco López Pujante

### Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a siete de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 183/2017 -Rollo 122/2019-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de San Javier, a instancia de por el Procurador Sr. Rodríguez Saura y asistida por el Letrado Sr. Madrid Briones, contra D<sup>a</sup> Felisa , representada por la Procuradora Sra. Garre Luna y asistida por el Letrado Sr. Garre Izquierdo. En esta alzada actúan como apelante el demandado y como apelada la demandante. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Jacinto Aresté Sancho, que expresa la convicción del Tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de San Javier en los referidos autos, tramitados con el número 183/2017, se dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDE **NO** a D<sup>a</sup> Felisa a reponer la construcción al estado inicial en que la misma se encontraba. Se impone a la demandada el pago de las costas causadas en este procedimiento."

**SEGUNDO.** - Contra la anterior sentencia subsanada, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACION por la parte demandada, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso de apelación se dio traslado a la parte demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 122/2019, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día de la fecha su votación y fallo.

**TERCERO.** - En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia de primera instancia, estimando la demanda de la Comunidad de Propietarios, condena a la demandada a deshacer una obra realizada en un lateral de su adosado con reposición al estado original. La demandada interpone recurso de apelación con la pretensión de que se desestime la demanda que funda, en síntesis, en la falta de aportación del título constitutivo, en el argumento de que la obra efectuada es de las autorizadas por ella, y en abuso de derecho con discriminación frente a otros propietarios. La demandante solicita la confirmación de la resolución impugnada.

**SEGUNDO.** - No se discute la integración de la vivienda de la demandada en la Comunidad actora ni la sujeción a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. No se funda la acción ni la oposición a la misma en un concreto contenido del título cuya realidad se discuta. La demanda se funda en los acuerdos de la Comunidad y en las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. En ese contexto, la no aportación del título constitutivo, por más que en la demanda se proclame que se ejercita una acción en defensa del título constitutivo, es intrascendente.

**TERCERO.** - Sentado lo anterior, se debe comenzar señalando que no es exacto afirmar que la demandada, acatando lo acordado en el punto 5 de la Junta General Ordinaria de 15 de marzo de 2014, procediera a la demolición de la obra efectuada y seguidamente a efectuar una nueva ajustada a lo acordado en La Junta de 2010, ni que las fotografías aportadas con la demanda se correspondan con la obra demolida. Lo que ponen de manifiesto la primera de las fotografías acompañadas con la demanda y las que figuran en el informe pericial de la demandada es que lo que se ha producido es una rectificación en diversas fases de la obra inicial y que la fotografía de la demanda se toma cuando ya se ha iniciado esa rectificación con el retranqueo (reconocida en la Junta General Ordinaria de 14 de mayo de 2016, cuando en el punto 6, en el que se decide el ejercicio de acciones, se menciona que el cerramiento "al principio ocupaba más superficie"). En efecto, la situación original de la obra es la que reflejan las fotografías que figuran en los folios 30 a 34 del informe pericial. Posteriormente,



se retrotrae el cerramiento, situación a la que corresponde la primera fotografía de las acompañadas en la demanda. Más tarde, se repone la puesta de hierro del jardín, situación que aparece en la fotografía del folio 35 del informe, que asegura tratarse de fotografía extraída de internet en abril de 2015, y más tarde se elimina un muro de mampostería, fotografía en el folio siguiente y que se dice del mismo mes y año, como aparece en fotografía de 2017.

**CUARTO.** - Lo que se acordó en el punto 5 de la Junta General Ordinaria de 15 de marzo de 2014 fue, sobre la base de que "las modificaciones realizadas en la vivienda 13-F de la c/ DIRECCION001 , NUM000 , alteran la estética y no han sido autorizadas por la comunidad" y de que "un vecino colindante ha comunicado por escrito su desacuerdo con esta alteración y su preocupación porque considera que le perjudica", "localizar a ésta propietaria ... y requerirla para que reponga la vivienda a su estado original". La Jurisprudencia declara que el acuerdo de la junta de propietarios dentro del ámbito propio de las competencias atribuidas a esta en el artículo 14 de la Ley de Propiedad Horizontal , no impugnado en el plazo legalmente establecido, debe considerarse válido y plenamente ejecutable (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013 -Roj: STS 5310/2013- con cita , entre otras de las de 7 de junio de 2006 y 18 de julio de 2011 ). Por tanto, no habiéndose llevado a cabo el cumplimiento del acuerdo de 2014 en sus propios términos, pues no ha habido reposición al estado original, en principio lo procedente sería la estimación de la demanda, salvo que se aceptara la alegación de abusividad.

**QUINTO.** - No obstante, como quiera que sí ha habido una modificación (retranqueo del frontal, reposición de puesta de hierro, demolición de la obra de mampostería), queda por examinar si con la misma la obra encaja en el tipo para el que la Comunidad había concedido una autorización genérica. Para dar respuesta hay que acudir a dos juntas. En primer lugar, a la de 18 de septiembre de 2010 en que se debatió la posibilidad de diversas obras, y en concreto de varias que guardan alguna relación con la llevada a cabo por la demandada. En dicha junta: a) se aprobó la posibilidad de añadir pérgolas de materiales desmontables en los laterales y/o en el frontal de la casa, así como cubrir dichas pérgolas, que no podrán ser de obra o construcción fija, lo que se podrá realizar sin consentimiento de la Comunidad; b) se rechazó la posibilidad de construcción en el lateral de garaje cerrado; y c) se rechazó la posibilidad de la extensión de la casa hacia el lateral, convirtiendo el pareado en adosado.

Pues bien, examinada la obra realizada, a la vista de las fotografías aportadas, llegamos a la conclusión de que dicha obra no se corresponde a las pérgolas autorizadas. En efecto, una pérgola cubierta por arriba y cerrada por todos los laterales dejaría de ser una pérgola, para ser un cerramiento. El Diccionario de la Real Academia Española define pérgola como "Del it. pergola, y este del lat. pergla 'balcón', 'galería'. 1. f. Armazón para sostener una planta. 2. f. Jardín que tienen algunas casas sobre la techumbre". Y el Diccionario de Uso del español de María Moliner como "1. f. Armazón con columnas, barras, etc, que sostiene un tejadillo o plantas de sombra, colocado en un jardín o paseo. 2 Jardín sobre la techumbre de una casa". Es claro que asociamos dicha expresión con la de una estructura al menos parcialmente abierta, sin que en ninguna de esas definiciones encaje la obra efectuada, aunque el informe pericial utilice esa palabra, a diferencia de las que figuran en otras de las viviendas fotografiadas de la urbanización.

Ciertamente, por más que haya pasado a ser totalmente de materiales desmontables y no obstante el retranqueo, y como concluye la sentencia apelada, de lo que más cerca se encuentra el cerramiento es de la obra rechazada en b), se vaya en la realidad a utilizar efectivamente como garaje, como trastero, o de otra manera,

Cabe plantearse si no obstante lo expuesto, el cerramiento subsistente tras la modificación podría venir amparado en la Junta en el Acta General de 15 de marzo de 2007 que al tratar el punto orden del día nº 5, aprobó por unanimidad "... el acristalamiento realizado por el propietario de la vivienda sita en DIRECCION001 nº NUM001 y si algún propietario desea hacer un cerramiento en el mismo lateral de la vivienda que este propietario, deberá hacerlo de igual modo y dimensiones que en esta vivienda de DIRECCION001 nº NUM001 (sin ir más allá de la segunda ventana de la fachada)".

El informe pericial describe esa obra como "cerramiento del porche lateral de la vivienda, con la instalación de puertas correderas de cristal con perfilera de aluminio blanco, cerramiento trasero ciego de aluminio blanco e instalación de panel sándwich bajo pérgolas de obra existentes como cerramiento cubierto" (folio 54 del informe). La descripción es coherente con las fotografías. Sin embargo, no lo es la equiparación que hace de esa obra con la que es objeto del presente juicio. Según se puede apreciar en la fotografía la obra de DIRECCION001 NUM001 está muy retranqueada, no sólo respecto de la vía pública, sino de la fachada frontal de la vivienda (probablemente es a lo que se refiera la salvedad de la segunda ventana de la fachada, pero lo que es seguro es que no se tratan de las mismas ni similares dimensiones). En cambio, en el espacio del lateral no ocupado por el cerramiento lo que existe es una auténtica pérgola, de madera. Y, de hecho, otros cerramientos realizados en los laterales de las viviendas de la comunidad, aun las que no reúnen otros requisitos de las



autorizadas, respetan ese retranqueo o dimensiones del cerramiento, según se desprende del examen de las fotografías (así, en AVENIDA000 NUM000 , DIRECCION001 NUM002 pese a la lona en la parte de pérgola, DIRECCION002 NUM003 ).

Por tanto, la conclusión es que la obra, aun modificada, no encaja en el concepto de las autorizadas genéricamente, ni en 2010 ni en 2007 y, por tanto, hay que estar al acuerdo ejecutivo de 2014.

**SEXTO.** - Queda, por tanto, el examen de si la acción ejercitada es abusiva, en defensa de cuya tesis el apelante sostiene que la actuación de la Comunidad es discriminadora, como demostraría con el informe pericial en el que se consignan diversas modificaciones realizadas en viviendas de la urbanización, sin reacción de la Comunidad.

Al respecto, entendemos ilustrativo el caso resuelto y aplicable la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de 31 de octubre de 2013 (Roj: STS 5183/2013 ). Se trata de un supuesto de cerramiento de la pérgola de la planta solarium de un apartamento en que la Audiencia, apreciando numerosas obras que afectaban a la fachada del inmueble, alterando su originaria configuración exterior, con incidencia sobre la estética del conjunto y algunas que eran, no ya similares, sino idénticas a las ejecutadas en la terraza del apartamento de la demandada, había estimado la existencia de abuso de derecho. Sin embargo, el Tribunal Supremo, casa dicha sentencia y confirma la de primera instancia que había estimado la demanda de la Comunidad. Y declara que "No se trata, pues, de enumerar o citar sentencias en uno u otro sentido, sino de recalcar la doctrina general que se desprende de unas y otras. Depende de cada caso y de las circunstancias que concurren: no es suficiente con que exista una obra autorizada para que se estimen abusivas todas las acciones que se ejerciten frente a las nuevas alteraciones; sí se considera abuso del derecho cuando, a la vista de las circunstancias, se aprecia la inexistencia de justa causa o de finalidad que no puede considerarse legítima, sin que el que acciona obtenga beneficio alguno y perjudique a otro propietario."

Vanos, por tanto, a este caso concreto. De las obras que se mencionan, sólo merecen atención las que afectan a los laterales de las viviendas, pues otras obras diferentes, como los cerramientos de balcón, al afectar a otros extremos, no pueden servir para determinar que haya habido discriminación, trato distinto justificado. A la de la DIRECCION001 NUM001 , aprobada con posterioridad y como modelo de los cerramientos que se podrían efectuar, ya nos hemos referido antes, señalando que se trata de una obra diferente. Lo mismo cabe decir respecto a la de la DIRECCION001 NUM002 , no autorizada expresamente pero que sigue el mismo modelo que la anterior. El informe señala que tiene la misma longitud que la que es objeto de este juicio, pero no coincidimos con dicha afirmación, ya que es como la anterior, si bien el espacio de la pérgola sea protegible mediante unas lonas a modo de cortinas. La de la DIRECCION001 NUM004 , según se desprende de las fotografías más reciente, tampoco autorizada expresamente es un mero cerramiento, con puerta de celosía, retranqueado respecto a la fachada frontal como el del NUM001 , sin pérgola ni obra en el resto del lateral. La de la DIRECCION002 NUM003 , es parecida a la anterior, cerramiento no autorizado pero retranqueado. En los laterales de AVENIDA000 NUM000 , DIRECCION001 NUM005 y DIRECCION002 NUM006 , hay pérgolas, aunque en parte de la última se hayan usado pilares de obra. no hay cerramiento sino un muro divisorio en el lateral, tampoco autorizado. En los laterales de DIRECCION001 NUM007 y AVENIDA000 NUM001 hay armarios de obra, de menor repercusión estética por su tamaño pequeño que los cerramientos. Y en los laterales de AVENIDA000 NUM000 y DIRECCION001 NUM008 , no hay cerramientos sino muros divisorios de mampostería. Y, por último, en la vivienda de la AVENIDA000 de NUM000 hay un cerramiento del porche lateral de la vivienda, con un muro delantero de mampostería, pero en el que también se aprecia que no se ocupa todo el lateral, sino que hay un retranqueo, sobre el que ha habido un pronunciamiento no definitivo en la Junta de 27 de mayo de 2017. No se trata, como parece entender el informe, que se haya decidido no ejercitar acciones frente a dicha obra, que la Junta califica de no autorizada, sino lo que se ha hecho es posponer la decisión resaltando la necesidad de emplear elementos. De las obras mencionadas sólo esta y a de DIRECCION002 NUM003 se puede afirmar que son posteriores a la Junta de 2010.

A la vista de lo expuesto, consideramos que no existe abuso de derecho. Aunque efectivamente no existe un peligro para la seguridad diferente al que representa una pérgola o la estructura preexistente, hay una finalidad legítima de protección de la estética de la urbanización, consiguiendo cierta uniformidad en las actuaciones en los laterales de las viviendas. No se aprecia discriminación. No se ha autorizado ninguna obra que sea sustancialmente idéntica a la que es objeto del juicio. Las obras en los laterales de la vivienda, o bien se ajustan a los requisitos de las autorizadas genéricamente en Juntas de 2017 y 2010, o no son cerramientos, o son de dimensiones mucho menores. Por tanto, procede confirmar la estimación de la demanda

**SÉPTIMO.** - Tampoco puede prosperar el último motivo del recurso, en el que se impugna el pronunciamiento relativo a las costas procesales de la instancia. Al respecto, en efecto, el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a mantener el criterio objetivo del vencimiento como norma y excepcionalmente, cuando se razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, la exclusión de la condena en costas al litigante



al que se le hubiesen rechazado todas sus pretensiones. En el presente caso no existen otras dudas de hecho son las propias de todo proceso, sujetas al resultado probatorio y que la parte habrá sopesado al valorar las consecuencias de la interposición de su demanda y entre ellas, el riesgo de una eventual condena en costas. Por tanto, debe confirmarse también la sentencia en este extremo.

**OCTAVO.** - Al desestimarse el recurso, procede imponer a la apelante de las costas procesales de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 , 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

## FALLAMOS

**Que desestimando** el recurso de apelación interpuesto por el Procuradora Doña Raquel Garre Luna, en representación de Doña Felisa , contra la sentencia dictada en fecha 27 de septiembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de San Javier en el Juicio Ordinario número 183/2017, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución, con expresa imposición al apelante de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno, salvo que la parte entienda y justifique que tiene interés casacional, en cuyo caso podrá interponer el de casación correspondiente y también el extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANCO DE SANTANDER; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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