



Roj: **SAP M 5582/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5582**

Id Cendoj: **28079370202019100147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **20**

Fecha: **11/06/2019**

Nº de Recurso: **165/2019**

Nº de Resolución: **251/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 7 - 28035

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0048951

Recurso de Apelación 165/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 286/2016

APELANTE: COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 Y DIRECCION001 NUM001

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO JOSE MANZANOS LLORENTE

APELADO: D./Dña. Julián , D./Dña. Lázaro y D./Dña. Blanca

PROCURADOR D./Dña. GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

Dña. CRISTINA DOMÉNECH GARRET

En Madrid, a once de junio de dos mil diecinueve.

La Sección Vigésima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 286/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Madrid a instancia de COMUNIDAD PROPIETARIOS DE LA DIRECCION000 NUM000 DE MADRID Y DIRECCION001 NUM001 DE MADRID apelante - demandada, representada por el Procurador D. EDUARDO JOSE MANZANOS LLORENTE contra D. Julián , Dña. Blanca y D. Lázaro apelados - demandantes, e impugnantes, representados por el Procurador D. GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26/09/2018 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ** .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 26/09/2018 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "Desestimando la demanda presentada por DOÑA Blanca , DON Lázaro Y DON Julián , contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NUM000 DE MADRID Y DIRECCION001 NUM001 DE MADRID, no ha lugar a declarar la NULIDAD del Acuerdo Comunitario por el que se denegó la autorización para la instalación de una chimenea (punto 5 del orden del día de la Junta de Propietarios celebrada el 10 de diciembre de 2015) absolviendo a la demandada de las pretensiones de condena instadas en su contra a través de los presentes autos.- No se imponen las costas derivadas de esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado a la parte apelada, que formuló oposición al recurso y contestó, además, impugnando la sentencia, a lo que se opuso expresamente la demandada apelante. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos de la resolución apelada en los términos de la presente.

PRIMERO.- Los demandantes, copropietarios de un local comercial sito en el inmueble de la DIRECCION000 nº NUM000 de esta ciudad, formularon demanda impugnando el acuerdo adoptado en la Junta General Ordinaria de la Mancomunidad a la que pertenecen, celebrada el 10 de diciembre de 2.015, por el que se le deniega el permiso para la instalación de un conducto, para la salida de gases de unas determinadas dimensiones, interesando se condene a la comunidad demandada a autorizar dicha instalación, de acuerdo con el proyecto adjuntado. Sostienen que dicha instalación es una intervención mínima en elementos comunes para su uso conforme al que le dan otros propietarios, que incluso beneficia a la comunidad y tiene un nulo impacto visual, al ir adosado a otra chimenea ya existente, como lo han entendido la mayoría de los comuneros, al ser dicha instalación necesaria para el uso del local. Sostienen que tratado el asunto en una anterior Junta de 19 de octubre de 2.015, se aprobó por unanimidad de los presentes, si bien de manera provisional, al entender la comunidad que era precisa la unanimidad, aprobándose también la constitución de una servidumbre de paso sobre su local, asumiendo ellos el coste. No obstante, dicho acuerdo fue finalmente rechazado al oponerse las propietarias de una vivienda por motivos que califica como constitutivos de abuso de derecho.

La comunidad demandada se opuso a dicha pretensión. Señala que no ha concedido autorización, en las condiciones y características como la pretendida de contario. Así mismo sostiene que la oposición de las propietarias de una vivienda fue presentada en tiempo y forma, por lo que requiriéndose la unanimidad para la valida adopción del acuerdo, se hizo constar en el libro de actas que la autorización al local para instalar el conducto no fue aprobada.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, no imponiendo las costas da ninguna de las partes al entender que existían dudas de hecho, al no poderse valorar un dictamen pericial extemporáneamente aportado y concurrir determinadas circunstancias que hace aplicable dicha excepción al principio de vencimiento objetivo.

Frente a dicha resolución interpusieron recurso de apelación ambas partes. La Comunidad demandada impugnó el pronunciamiento por el que no se imponen las costas a la parte demandante y ésta impugnó la sentencia alegando infracción de normas y garantías procesales al no haberse admitido la prueba pericial aportada por su parte e infracción del artículo 217 de la LEC , así como también del artículo 10.3 b de la LPH .

Ambas partes se opusieron al recurso interpuesto de contario.

SEGUNDO.- Delimitadas en los términos indicados las pretensiones de ambas partes en esta segunda instancia, por razones sistemáticas hemos de comenzar analizando los motivos de impugnación formulados por los demandantes y posteriormente el recurso de la Comunidad demandada, al venir referido éste exclusivamente al pronunciamiento accesorio de las costas procesales.

En cuanto a los motivos de impugnación de los demandantes, el primero de ellos ya ha sido objeto de decisión por esta Sala, al denegar la solicitud del recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia, mediante el auto de fecha 1 de abril de 2.019, resolución en la que analizábamos la inadmisión en la primera de la prueba pericial interesada por la parte actora y concluíamos que dicha decisión había sido adoptada de manera correcta por lo que, no apreciándose ninguna infracción procesal de las que denuncian los demandantes, no



cabe tampoco declarar la nulidad de actuaciones que en dicho motivo se interesaba, al no haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial de los demandantes.

TERCERO.- El segundo motivo de impugnación, mediante el que denuncian los demandantes infracción de artículo 217 de la LEC de la LPH , debe rechazarse también.

En situaciones en las que como la presente, se analizan acuerdos referidos a instalaciones necesarias para la explotación de locales comerciales instalados en inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, en los que la controversia se plantea, sobre el régimen de mayoría necesario para su adopción y la aplicación a esos supuestos de la doctrina sobre abuso de derecho, a la hora de oponerse a su instalación, como ambas partes sostienen, hemos de partir de los criterios que al respecto ha establecido el Tribunal Supremo y que se reflejan en la sentencia de fecha 16 de marzo de 2.016 , en la que partiendo de que la regla general es el de la exigencia de la unanimidad, cuando la instalación afecte a elementos comunes, matiza dicha exigencia en el sentido de que dicho requisito debe interpretarse de manera flexible, a fin de evitar que la aplicación rigurosa de la Ley de Propiedad Horizontal impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa; ahora bien, dicha flexibilidad encuentra sus lógicos límites en lo dispuesto imperativamente ,en el artículo 7.1 de la LPH y entre estos límites se encuentra, el que la obra proyectada no perjudique los derechos de los otros propietarios.

En el supuesto aquí analizado, la primera cuestión que debe señalarse es que la oposición a la instalación pretendida, no sólo se mantiene por las dos copropietarias de una vivienda que no estuvieron presentes en el acuerdo adoptado en la Junta de octubre de 2.015, sino que es la propia comunidad quien muestra su oposición a dicha instalación, por entender que en dicha junta no se concedió una autorización incondicionada por los allí asistentes, sino que la misma quedó supeditada, no sólo a la aprobación de los copropietarios ausentes, sino también a la aportación de un informe que justificase que con ello no se causaba perjuicio a la comunidad en su conjunto y en tal sentido el último párrafo del acuerdo 5 reflejado en el acta, refleja que la Comunidad se reservaba el derecho a revocar el acuerdo, lo que sólo puede entenderse en ese sentido, tal como manifestaron el administrador de la Comunidad y el testigo Sr. Ángel Jesús , copropietario asistente a la primera junta y que se interesó directamente por la aportación de un informe previo por los demandantes. Dicha aportación, no puede quedar suplida por el plano que se adjunta con la demanda y al que también se hace referencia en el acta, en el que tan solo se describen las características técnicas, pero no la incidencia que sobre el conjunto del inmueble y de las diferentes vivienda tenía su instalación, que es el motivo por el que se interesó dicho informe y el motivo esencial por el que se opone la Mancomunidad.

Contrariamente a lo que sostiene la parte apelante, no son los copropietarios que votaron en contra de la instalación quienes vienen obligados a acreditar que la instalación les causa perjuicios, sino que corresponde a ellos acreditar que no se producirían tales perjuicios y además, hacerlo en el momento en que se solicita la autorización, para con base en lo explicitado en el mismo, puedan los demás comuneros, pronunciarse al respecto y poder analizar si su oposición puede calificarse o no como constitutiva de abuso de derecho.

CUARTO.- Es partiendo de la acreditación de esos extremos por parte de quien solicita la instalación, como debe analizarse el régimen de mayorías exigido para la adopción válida del acuerdo; por cuanto siendo la regla general la de que para instalar una instalación como la pretendida, se exige la unanimidad, la mayoría de los 3/5 que sostiene la parte apelante, con base a lo establecido en el artículo 10.3 b) de la LPH , solo sería de aplicación cuando previamente el solicitante hubiera dado explicaciones claras y concluyentes de la ausencia de perjuicio objetivo para los demás integrantes de la comunidad, lo que no ha sucedido en el supuesto aquí analizado, en el que no sólo no se aportó el informe técnico a la Comunidad antes de que se hubieran pronunciado todos sus integrantes, sino que tampoco se aportó con la demanda, por lo que no puede alegar ahora la existencia de abuso de derecho, por la oposición de unos determinados propietarios, a quienes ni siquiera se les ha oído en el procedimiento y su oposición tiene el amparo del ejercicio legítimo de un derecho, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio del 2.002 , es preciso que la conducta a la que se reprocha el abuso sea "inmoral o antisocial", tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, y por ello no puede invocarse "cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizada por precepto legal (Sentencias de 28 de abril de 1976 y 14 de julio de 1992)", requiriéndose, en todo caso, la evidencia de una voluntad de perjudicar por carecer el autor del acto de interés legítimo en el mismo (Sentencia de 30 de mayo de 1998), lo que no se ha acreditado ocurra en el supuesto aquí analizado. En el que los solicitantes no acreditaron en la forma que les era exigible la ausencia de perjuicios, ni en los momentos en que debieron hacerlo: el de la adopción del acuerdo y el de la presentación de la demanda.

Finalmente tampoco puede apreciarse un trato discriminatorio, para con los demandantes, por el hecho de que se hubiera concedido una autorización previamente a un local, por cuanto no son situaciones comparables, ni por el negocio a que se dedicaba el local al que se le autorizó, ni por los términos en que se solicitó y autorizó la misma.



QUINTO.- El motivo de impugnación formulado por la comunidad demandada, sí debe estimarse. No compartimos la apreciación de la que parte la sentencia apelada de existir serias dudas de hecho, que justifiquen la no aplicación del principio del vencimiento objetivo y que dicha situación se derive del hecho de no poder valorarse un informe pericial por haberse presentado extemporáneamente, por cuanto dicha situación es atribuible directamente a la parte que habiendo podido presentarlo, no lo hizo y ello tanto ante la junta de propietarios antes de la denegación definitiva de la autorización, como posteriormente en el momento de presentar la demanda o inmediatamente después de tenerlo a su disposición, por cuanto como sostuvo la Comunidad, ello hubiere permitido decidir con mayor conocimiento de causa, si procedía o no aponerse a la instalación interesada. No puede tampoco invocarse la existencia de dudas de hecho, que para su apreciación deben ser además serias, cuando ni siquiera se ha oído a las copropietarias a quien la parte demandante atribuye un comportamiento constitutivo de abuso de derecho.

En consecuencia las costas de primera instancia debe soportarlas la parte demandante al haberse desestimado la demanda, tal como establece el artículo 394.1 LEC .

Por lo que se refiere a las costas de esta segunda instancia, las causadas por el recurso interpuesto por la Mancomunidad de propietarios, al estimarse su recurso, no procede imponérselas a ninguna de las partes, mientras que las causadas por la impugnación de la sentencia formulada por D. Lázaro , al desestimarse la misma se imponen a dicha parte, con base en lo establecido en el artículo 398.1 y 2 de la LEC .

La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para recurrir ante el juzgado de Primera instancia, en base a lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , al que deberá darse el destino legalmente previsto

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE ESTIMA EL RECURSO de apelación interpuesto por la representación procesal de LA MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 y DIRECCION001 NUM001 DE MADRID y

SE DESESTIMA LA IMPUGNACIÓN formulada por DON Lázaro , ambos recursos interpuestos contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 6 de los de Madrid , en los autos de juicio ordinario nº 286/2.016, la cual **SE REVOCA PARCIALMENTE, en el siguiente sentido:**

LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA SE IMPONEN A LA PARTE DEMANDANTE.

SE CONFIRMAN LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE DICHA RESOLUCIÓN.

Todo ello sin imposición de las costas causadas en esta segunda instancia como consecuencia del recurso interpuesto por la MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS y con imposición de las costas causadas en esta alzada, como consecuencia de la impugnación formulada por el demandante en primera instancia, a dicha parte actora y con devolución del depósito constituido para recurrir por la Mancomunidad.

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal** , en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley , a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz nº 43 de Madrid.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.