



Roj: **SAP M 16288/2019 - ECLI:ES:APM:2019:16288**

Id Cendoj: **28079370192019100387**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **27/11/2019**

Nº de Recurso: **536/2019**

Nº de Resolución: **409/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 7ª

28035

Tfno.: 914933886, 914933815-16-87

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0228823

Recurso de Apelación 536/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 37/2018

APELANTE: Dª. Casilda

PROCURADOR: Dª. OLGA CATALINA RODRÍGUEZ HERRANZ

APELADO: COMUNIDAD PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID

PROCURADOR: Dª. CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

SENTENCIA Nº 409

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

Dª. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario nº 37/2018 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante, **Dª. Casilda**, representada por la Procuradora Dª. OLGA CATALINA RODRÍGUEZ HERRANZ y defendida por Letrado, y de otra, como demandada- apelada, **COMUNIDAD PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE MADRID**, representada por la Procuradora Dª. CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28 de marzo de 2019.

VISTO, siendo Magistrada Ponente **Dª. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ**.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28 de marzo de 2019, cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. Casilda absuelvo a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 condenando a la parte actora al pago de las costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 26 del corriente.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la demanda origen de las actuaciones en las que ha recaído la sentencia contra la que se interpone el recurso de apelación que se somete a la Sala, presentada en nombre y representación Dª Casilda , en cuanto copropietaria del piso NUM001 interior de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, a quien se demanda, se solicitaba se declarara la nulidad del acuerdo adoptado en el punto 3º del orden del día de la Junta General Extraordinaria de fecha 26 de septiembre de 2017, por virtud del cual se autorizaba por mayoría la instalación de una chimenea para la expulsión de gases, elevándola 1 metro sobre el nivel de la cumbre, así como la relativa a la extracción de aire de la climatización, conforme a la solicitud verificada por la propiedad del piso NUM002 ; solicitaba también la demandante se anulasen todos los actos o acuerdos posteriores a la adopción del referido acuerdo que hubieren tenido lugar como consecuencia del mismo, así como la condena a la Comunidad a adoptar las medidas oportunas para evitar que se llevaran a cabo las obras autorizadas o, en el caso de haberse ejecutado, las necesarias para que la propiedad del NUM002 . restituya a su estado original los elementos comunes alterados, reparando los desperfectos que haya podido causar. Basaba su pretensión la reclamante en el hecho de que las actuaciones autorizadas por la Junta a la propiedad del piso referido, le perjudicaban grave y especialmente por estar proyectada su ejecución al lado de su vivienda, por no constar en el Título constitutivo ni en los Estatutos, por afectar a elementos comunes, por alterar la configuración exterior del inmueble, por constituir una servidumbre sobre elementos comunes a favor del referido inmueble y porque, en definitiva, las mismas habrían de autorizarse por unanimidad y no por mera mayoría; además, decía, que la aprobación había tenido lugar sin ni siquiera recabar del propietario del piso NUM002 , el proyecto técnico presentado al Ayuntamiento.

Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia nº 92 de los de Madrid al que correspondió por reparto (autos de juicio ordinario nº 37/18) y concedido traslado a la demandada, ésta se opuso alegando la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario, por no haber llamado a la litis a la entidad GRILSE, S.L., en cuanto propietaria del piso NUM002 . y solicitante de las autorizaciones ya citadas, que fue desestimada por la Juzgadora "a quo" en el acto de la audiencia previa; en cuanto al fondo del asunto si bien reconoció los hechos relativos a la titularidad de los pisos mencionados y a la realidad de la solicitud formulada por la titular del piso NUM002 . y a la de la adopción de los acuerdos objeto de impugnación, rechazó que las obras autorizadas pudieran producir olores o molestias a las ocupantes del piso del que la actora era copropietaria; se refirió a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en cuanto que había derogado el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, señalando que el propósito del legislador era el de suprimir la exigencia de unanimidad, que había venido dificultando el buen funcionamiento de las comunidades de propietarios, siendo que ello implicaba que cualquier acuerdo que afectase a elementos comunes del edificio podía adoptarse por el régimen de mayorías (artículo 17.7 de la Ley de Propiedad Horizontal) y rechazaba que el acuerdo impugnado expresara una clara voluntad de la Comunidad de constituir una servidumbre.

Seguido el procedimiento por sus trámites, el Juzgado de instancia dictó sentencia en fecha 28 de marzo de 2019, desestimando la demanda y condenando a la actora al pago de las costas; se hacen tales pronunciamientos en el entendimiento de que la actora no ha acreditado la producción de los perjuicios que alega y en el hecho de que la autorización concedida lo ha sido mediante el régimen de mayorías previsto en la Ley de Propiedad Horizontal para "la alteración de la estructura o fábrica del edificio" (tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación), conforme dispone el artículo 10.3.b) del citado texto legal, tras su modificación y derogación del artículo



12, por la Ley 8/2013, ya citada; dice igualmente la sentencia que no puede considerarse que la instalación autorizada comporte la instalación de una servidumbre sobre un elemento común, que determine la exclusión de su uso por los restantes propietarios o les perjudique en su derecho de uso, y en cuanto a la pretensión deducida en orden a la condena de la Comunidad para que evite la ejecución de las obras autorizadas o para que se repongan los elementos alterados al estado originario, si ya se hubieran ejecutado, considera que es una pretensión que excede de la acción de impugnación.

SEGUNDO .- La demandante reitera en su recurso de apelación cuantas alegaciones efectuó en la instancia en orden a conseguir la nulidad interesada; señala que no es a ella a quien ha de imponerse la obligación de acreditar que las obras proyectadas eran seguras y que no generarían molestia alguna sino a la parte solicitante de la autorización para verificarlas, máxime si al momento de presentar la demanda las obras no se habían ejecutado y la propiedad del piso NUM002 . no había proporcionado información alguna acerca de la forma en que se iban a acometer, se refiere a la forma en que han sido acometidas, desde luego sin ajustarse -un metro por encima de la cumbrera- a lo solicitado, y rechaza que el supuesto enjuiciado pueda incardinarse en el artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, aplicado en la sentencia de instancia, reiterando que nos encontramos ante la constitución de una auténtica servidumbre continua y aparente que requiere un consentimiento expreso de todos los propietarios del inmueble (artículo 597 del Código Civil).

La demandada se ha opuesto al recurso, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia.

El recurso, por lo que a continuación se dirá, debe ser estimado y declarada la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios de la Comunidad demandada, de fecha 26 de septiembre de 2017, en el punto 3º del orden del día (documento nº 4 de los aportados con la demanda). Con el mismo se pretendía, a la vista de la convocatoria también acompañada a la demanda con el nº 3 de los documentos, obtenerse por parte de la propiedad del piso NUM002 . de la referida Comunidad, autorización para la *"Instalación de una chimenea para la expulsión de gases elevándola 1 metro sobre el nivel de la cumbrera, así como para la apertura de un hueco en la parte superior del remate de la cubierta para la expulsión del aire de la climatización, ubicando el equipo de clima en el interior del trastero perteneciente a la vivienda"*.

Tal pretensión constituye, sin duda, la afectación de un elemento común, cual es la cubierta o tejado del edificio; así lo dice la sentencia de instancia y no se discute por las partes, por lo que para su aprobación hemos de tener en cuenta las circunstancias en que se verifica la petición, el contenido de los Estatutos de la Comunidad y lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal.

En cuanto a lo primero, se dice en la demanda y no se cuestiona por la Comunidad, la petición se enmarca en un entorno de necesidad creada por la propia titular del piso NUM002 ., debido a su decisión de acometer una reforma integral de éste, redistribuyendo todos sus espacios, incluida la originaria cocina que pasa ahora a establecerse en una ubicación distinta, en la que no existe salida de humos.

En cuanto a lo segundo, los Estatutos no prevén prohibición alguna para la instalación de chimeneas o salidas de humo distintas a las originariamente establecidas, pero tampoco lo autorizan expresamente. Esto es, nada dicen al respecto, tan solo señalan, por lo que aquí interesa, que los elementos comunes pertenecerán en condominio a los dueños de pisos y locales.

En cuanto a lo tercero, la Ley de Propiedad Horizontal establece en su artículo 7.1 que *"El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, 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 advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al Administrador"*.

Sentado lo anterior, es evidente que hay que atender a las normas previstas en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal para determinar el régimen que ha de seguirse para la válida adopción de un acuerdo como el que nos ocupa, con el que se pretende obtener una autorización para verificar una instalación (salidas de humos y de aire de climatización) en un elemento común (cubierta del edificio) que no es necesaria para la adecuada conservación del inmueble y que lo será en provecho exclusivo del propietario que lo solicita; el citado precepto en su modificación por la Ley 8/2013 de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ha venido a aglutinar los distintos supuestos que antes estaban dispersos por la Ley de Propiedad Horizontal, habiendo sido derogados los artículos 11 y 12 de este texto legal. Esta derogación, sin embargo, no implica que el régimen de mayorías o unanimidad necesario para la adopción de los acuerdos haya sido modificado, siendo que habrá que atender al primero de los preceptos citados y a la tipología del acuerdo para determinar el quorum necesario, como decimos.



No cabe duda que el precepto que se ha tenido en cuenta en la sentencia que se impugna para fijar la mayoría que se dice necesaria para la adopción del acuerdo objeto de la litis - el artículo 10.3.b) de la Ley de propiedad Horizontal-, no es de aplicación en este caso, pues introducido por la Ley 8/2013 se refiere exclusivamente a las obras de conservación para el adecuado mantenimiento del inmueble y de su accesibilidad, que se señalan como obligatorias, lo que no concurre en este caso, como se ha expuesto anteriormente. Tampoco puede entenderse que es de aplicación la mayoría exigida en el punto 4 del artículo 17 (tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación) dado que el mismo si bien se refiere a nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación y accesibilidad del inmueble, debe entenderse que los son en beneficio de la Comunidad, ya que el mismo se refiere también a la forma de contribuir a su pago por parte de los comuneros, lo que no concurre en este caso, que de acometerse serán de cargo del que lo solicita y único beneficiario de la nueva instalación. En el caso que nos ocupa el acuerdo adoptado tuvo, por imperativo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo al que nos venimos refiriendo, que ser adoptado por unanimidad, dado que el mismo implica una modificación de las reglas contenidas en los Estatutos de la Comunidad, al autorizar una servidumbre en beneficio exclusivo de un propietario, siendo que en estos términos se pronuncia el artículo 597 del Código Civil, al requerir el consentimiento de todos los copropietarios para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso.

Este es el criterio mantenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 que aun partiendo de la *"exigencia de la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes"* y de la necesidad de matizar esta doctrina con la jurisprudencia de la Sala, por considerar que las *"exigencia normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal"* (lo que no ocurre en este caso, que se trata de una vivienda, por lo que en modo alguno se le priva al propietario de alcanzar finalidad comercial alguna, ya que la salida de humos y extracción de aire viene motivada por una decisión privada de readaptación de las distintas dependencias de la vivienda), establece que *"La reciente Jurisprudencia ha fijado como únicos límites a la citada autonomía de la voluntad, los recogidos en el artículo 7. 1 de la Ley de Propiedad Horizontal, esto es, que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario"*, lo que ocurre en este caso, en el que la alteración de la estructura del edificio es clara, al requerir la rotura de la cubierta para la extracción de los tubos que se aprecian en el acta notarial aportada por la demandante en el acto de la audiencia previa.

No procede, sin embargo, estimar los puntos segundo y tercero del suplico de la demanda porque, en cuanto a aquél nada se ha probado acerca de que haya habido nuevos acuerdos posteriores al que se contrae la litis, que traigan causa o sean consecuencia de éste y en cuanto al último porque la Juzgadora de instancia considera que excede de lo que puede pretenderse mediante el procedimiento de impugnación de acuerdos que se interpone y este extremo no ha sido combatido por la recurrente, siendo que además ello implicaría afectar a un propietario que no ha sido llamado a la litis.

En definitiva, procede la estimación parcial del recurso, lo que conlleva a una estimación parcial de la demanda en los términos expuestos.

TERCERO .- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer especial pronunciamiento de las costas, tanto en cuanto a las causadas en la primera instancia como en cuanto a las causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que estimando **PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D^a Casilda** contra la sentencia dictada en fecha 28 de marzo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 92 de Madrid en los autos de juicio ordinario nº 37/18, seguidos a su instancia contra la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 N° NUM000 DE MADRID**, y con revocación de dicha resolución se estima parcialmente la demanda formulada por dicha apelante y declaramos la nulidad del acuerdo adoptado por dicha Comunidad en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 26 de septiembre de 2017, en el punto 3º del orden del día, todo sin hacer expresa imposición de las costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada.

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial



MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, 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, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid , con el número de cuenta 2837-0000-00-0536-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO