

**Audiencia Provincial Civil de Madrid****Sección Decimocuarta**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.:

**Recurso de Apelación****O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario

**APELANTE:** D.

PROCURADOR Dña. .

**APELADO:** C.P. C/

PROCURADOR D.

**SENTENCIA****ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. .

D.

Dña.

En Madrid, a siete de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D./Dña. PABLO QUECEDO ARACIL

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 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid, en los que aparece como parte apelante D. representado por la Procuradora Dña. y defendido por el

Letrado D.LUIS M. FERNANDEZ JIMENEZ, y como parte apelada C.P. C/

MADRID, representada por el Procurador D.

y defendida por la Letrada Dña.

; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 23/10/2018.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 23/10/2018, cuyo fallo es del tenor siguiente:” **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** la demanda promovida por el Procurador Sra Sánchez González, en nombre y representación acreditada en la Causa.

**DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a CCPP DE LA CALLE

MADRID de la Demanda que se les formula de contrario.

**DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Dº

al abono

de las costas de este procedimiento incluyendo los honorarios del Perito Dº



**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D. al que se opuso la parte apelada C.P. C/ DE MADRID y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 4 de septiembre de 2019.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido el cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

#### **PRIMERO.- *El debate.***

D. , demanda la nulidad del acuerdo comunitario del punto N° 1º adoptado en la junta general extraordinaria de 7-6-202016.

Es propietario del ático, de la casa N° 21 de la C/ de esta Villa, y según la certificación registral de su vivienda, es dueño de una terraza privativa que da a la , tiene atribuido el uso y disfrute exclusivo de dos terrazas comunitarias que sirven de cubierta al edificio, y están situadas justo encima de su vivienda. Le corresponde, como anexo, la propiedad de un trastero situado en la planta de torreones que tiene acceso directamente desde la escalera, junto al cuarto de poleas del ascensor, y la terraza trasera.

Desde la construcción del edificio en 1964, en las terrazas de la cubierta se construyó la vivienda del portero, con cocina y aseo, de manera que en la terraza delantera estaba la vivienda, la cocina sobre el trastero de su propiedad y el aseo sobre la terraza trasera.

Eliminado el servicio de portería, en marzo de 1978, los vecinos comenzaron a hacer uso de esos cobertizos o instalaciones como elemento común, ignorando que las terrazas son de uso exclusivo, y que la que era cocina del portero es el trastero de su propiedad.

Al adquirir la vivienda reclamó a la comunidad; acta de la Junta General Extraordinaria de 24-5-1990, el uso y disfrute de ambas terrazas, y construyó en la terraza trasera un cobertizo del que dio las llaves a los propietarios para que guardaran objetos. Así consta en el Acta de la Junta General Ordinaria de fecha 30-1-92.

Viene haciendo uso de ese cobertizo hasta que en la Junta General Extraordinaria de fecha 7 de junio de 2017 en que en el punto 1º se trata la cuestión de "*obras no autorizadas por la CCPP en piso 6 dcha., posibles daños estructurales provocados por las obras no consentidas por la CCPP. Decisiones a tomar.*"

En su opinión las obras a que se refiere ese punto son los cerramientos en ambas tenazas, hueco en forjado de techo para colocación de escalera, modificación de puerta de acceso a la vivienda, colocación de tejadillo en terraza superior.

Dicho acuerdo, tras la discusión correspondiente, fue aprobado por 78,28% de coeficientes.

Impugna dicho acuerdo por haberse adoptado con abuso de derecho de la comunidad, y en su perjuicio, por cuanto no tiene en cuenta que, conforme a la inscripción



registral, le corresponde el uso y disfrute exclusivo de ambas terrazas.

Además debe tenerse en cuenta que dichas obras llevan consentidas desde el año 1992, momento a partir del que la demandada conocía la existencia del cobertizo y las obras posteriores, por lo que concurre la situación de consentimiento tácito de la comunidad.

Según su Informe Pericial emitido por el Arquitecto D.

----- las obras se ajustan a la descripción registral, a la situación que mantenía el anterior propietario que le vendió la vivienda, así como el constructor del edificio y además no afecta a la estructura, pues se tratan de elementos móviles que son fácilmente desmontables, teniendo la cubierta capacidad portante y estructural suficiente como para no resentirse de las obras realizadas.

Afirma que el cerramiento se ejecutó con total conocimiento de la comunidad, según consta en el acta de Junta de 1992, ya que no solo es que comunicó que su intención era hacer un cobertizo, sino que además siguió las indicaciones de lo acordado en Junta General Extraordinaria de fecha 23-3-1975, que solo exigía que el propietario presentara un proyecto de cerramiento y así se hizo por el anterior propietario, que lo solicitó en el año 1976 y se aprobó en Junta de 1978.

Ese cerramiento no puede estar produciendo humedades en el piso 5º, ni puede dañar la estructura, remitiéndose a las conclusiones del Arquitecto Sr

Niega que haya ejecutado ninguna escalera interna privada o particular de acceso a la cubierta, pues dicha escalera ya existe y se menciona en la descripción registral de la finca, según consta en el Croquis 3 del Informe del Perito Sr Martínez González. Entiende que la ejecución de dicha escalera estaba prevista por el anterior propietario del edificio y se ha mantenido desde su inicio, por lo que no se afecta la estructura del edificio ni ha sido ejecutada por él modificando elementos comunes.

Afirma que el cambio de lugar de la puerta de acceso de la vivienda, si bien se ha realizado sin consentimiento de la comunidad en realidad ni afecta a la estructura ni ha sido requerido para su reposición a su estado primitivo antes del Acta ahora impugnada, y además guarda la homogeneidad estética con el resto de las plantas del edificio.

Entiende que la CCPP está obrando con abuso de Derecho, de manera injustificada, desatendiendo a una situación que conocía desde hacía más de 25 años y solicitando que se demuelan obras que se ajustan a las previsiones escriturarias de su vivienda.

La comunidad se opuso alegando que no es cierto que fuese un acuerdo inespecífico causante de indefensión, pues en todo momento se concretan las obras a que se refieren los requerimientos de retirada por el hoy actor: cerramiento de terraza, hueco de escalera interior y ubicación de la puerta de acceso.

Afirma que la comunidad lleva reclamando la demolición de esas obras desde 6-9-2001 momento en que formuló denuncia ante el Ayuntamiento de Madrid.

La razón que motiva la petición de demolición es que causan daños por humedades a la vivienda situada en planta 5ª, e impide el acceso para mantenimiento y conservación de elementos comunes, como antenas, bajantes u otros elementos comunes, ya que se carecen de las llaves de acceso por no haber facilitado la llave de la cancela el hoy actor.

Además se ha añadido superficie habitable a la vivienda sin ajustarse a los coeficientes correspondientes. Afirma que, incluso y como consecuencia de inspecciones de los Técnicos del Ayuntamiento, el hoy actor ya fue requerido para la retirada del tejadillo que ha colocado y que sirve de cierre móvil para ese espacio habitado que se ha construido sobre la terraza comunitaria y que ha dado lugar que su vivienda pase de la descripción registral como vivienda en planta única a un dúplex, aprovechando un elemento comunitario al que priva a la comunidad, arrogándolo como si en propiedad se tratara.

El actor se ha irrogado la propiedad de una escalera comunitaria, haciendo uso casi



dominical de la misma, impidiendo su uso al resto de los comuneros. Afirma que el hoy actor confunde el uso y disfrute exclusivo con la propiedad e impide a los restantes comuneros el acceso a tales elementos, especialmente de cara a conservación y mantenimiento de los mismos o del propio edificio.

El actor no hace uso conforme a naturaleza y destino sino que los ha convertido en zona habitable incorporada a su vivienda sin conocimiento, consentimiento de la comunidad.

Desde que el actor adquirió la vivienda, actúa por su cuenta, privando del acceso a elementos comunes necesarios al resto de los Comuneros, realizando cambios de sumideros o instalaciones eléctricas sin permiso ni conocimiento de la comunidad, máxime teniendo en cuenta que las terrazas son el único medio de evacuación de los vecinos en caso de emergencia, habiéndose limitado el acceso a las mismas para convertirse en parte de la vivienda del hoy actor.

La Sentencia de Instancia desestimó la demanda.

### **SEGUNDO.- Recurso del actor.**

**PRIMERO.- DE LA FALTA DE CONCRECIÓN SOBRE LAS OBRAS QUE HA DE REALIZAR MÍ REPRESENTADO SEGÚN LO ACORDADO EN JUNTA.**

A pesar de la claridad con la que reza el título del acuerdo objeto de impugnación, reseñado ut supra en página anterior, dicha claridad no alcanza en modo alguno las concretas obras que se suponen han de ser atendidas por mi representado. Pero la mayor frustración - léase, en términos jurídicos, indefensión- llega cuando, tras una demanda y una contestación a la misma ambos, instrumentos jurídicos de cuyas alegaciones se deducen sendas interpretaciones acerca de los elementos sobre los que se han de ejecutar dichas obras, la Sentencia de instancia parece obviar ambas y volver a la incertidumbre descrita en el párrafo expresado en el Acta de la Comunidad, cuya concreta frase está todavía por definir.

Veámoslo a la luz de lo actuado:

1º) Acta de la Junta de fecha 7 de junio de 2017 (objeto de impugnación). Se expresa en los siguientes términos:

Punto 1º -Obras no autorizadas por la Comunidad en el piso 6º Derecha. Posibles daños estructurales provocados por las obras no consentidas por la Comunidad. Decisiones a tomar.

Se pone en evidencia, que el propietario del piso 6º Derecha ha realizado unas obras no comunicadas ni consentidas por la Comunidad que consisten en añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad, un posterior cerramiento de la terraza sita en el piso 6º Dcha. y que da a la calle. La apertura de un hueco en el forjado que constituye el techo de su vivienda para dar acceso a la terraza comunitaria mediante una escalera que une dicha vivienda con dicha terraza modificó la situación de la puerta de acceso a la vivienda

Una vez escuchadas todas las intervenciones, se produce la votación sobre la pregunta de si se está conforme con que las obras continúen o el Propietario del piso 6º Derecha vuelva la edificación a su estado original.

El resultado es de 71,23% de los coeficientes con 10 votos a favor de que el propietario del piso 6º Derecha vuelva la edificación a su estado original. 7,52% con 1 voto en contra y 7,40% con 1 voto se abstiene.

Como podemos observar, en el primer párrafo extraído del acuerdo del acta, se expresa lo que la Comunidad entiende como "obras realizadas por el propietario del 6º Derecha", y que consisten en:

Añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad.

Un posterior cerramiento de la terraza sita en el piso 6º Derecha y que da a la calle



La apertura de un hueco en el forjado que constituye el techo de su vivienda para dar acceso a la terraza comunitaria mediante una escalera que une dicha vivienda con dicha terraza comunitaria.

Modificación de la situación de la puerta de acceso a la vivienda.

Antes que nada, y por ser incuestionablemente falso, el demandante no ha instalado "una escalera que une dicha vivienda con dicha terraza comunitaria". Hay en efecto una escalera en la vivienda 6º Dcha. pero ésta une dicha vivienda con el trastero de su propiedad y está reconocida en la Declaración de Obra Nueva, en los Estatutos de la División Horizontal y en el propio título de la vivienda, todos inscritos en el Registro de la Propiedad.

Después, y por resultar incompleto y tergiversador, es necesario aclarar que si el demandante modificó, en el año 2001, "la situación de la puerta de acceso a la vivienda" fue debido a que el propietario anterior la había cambiado de sitio y lo que hizo el demandante fue devolverla a su estado original, inequívocamente descrito en la Declaración de Obra Nueva del edificio, en los Estatutos de la Propiedad Horizontal y en el propio título de propiedad de la vivienda, todos convenientemente inscritos en el Registro de la Propiedad.

Respecto al "posterior cerramiento de la terraza sita en el piso 6º Derecha y que da a la calle , éste se hizo en 1992 fue consentido por la Comunidad y aparece reconocido en sendas Juntas de la Comunidad de los años 2000 y 2001, como se verá más adelante.

Y en cuanto a "añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad", sólo cabe reconocer que gran parte de la extensa literatura que sigue está dedicada a descifrar su significado.

Y volviendo al Punto 1º- Acta de la Junta de fecha 7 de junio de 2017 (objeto de impugnación), el segundo fragmento extraído más arriba expresa, entre otras cosas, que el mandato aprobado por la Comunidad objeto de cumplimiento por el Sr. . es que devuelva la edificación a su estado original.

Pero centrándonos primeramente en el tipo de edificaciones a las que podría hacer referencia, en la demanda se expresaron (Hecho Cuarto, punto 1º, que lleva por título "cerramiento en terrazas de cubierta del edificio") las siguientes:

En la TERRAZA DELANTERA (de cara a fachada):

Una única construcción en forma de "L", o como se conoce a dicha edificación en la Comunidad: "La casa del portero", nombre que se le dio a la edificación realizada en tiempos de la construcción del edificio (hace más de 50 años) y que sigue intacta hasta nuestros días, como se expondrá en su momento.

Y en la TERRAZA TRASERA (orientación norte), encontramos dos construcciones:

Un aseo. Se trata de una construcción rectangular de 130x215 cm<sup>4</sup> que se corresponde con el aseo construido por el promotor del edificio para uso del portero, subsistiendo -al igual que la casa del portero- por más de 50 años hasta la actualidad.

Una construcción pentagonal, unida al anterior aseo, a la que se hace referencia en el presente proceso en múltiples ocasiones como "cobertizo".

Estas 3 construcciones son todas las "edificaciones" -no registrales- que existen en la terraza comunitaria, y que se reflejan en la imagen aérea C) Por su parte, la contestación a la demanda excluye los elementos arriba coloreados, como a continuación se expresará. Pero primeramente, veamos que alega la demandada respecto de la falta de concreción a que alude esta parte.

Nos encontramos en la contestación de la demanda hasta en dos ocasiones distintas lo que la demandada entiende como el contenido de lo acordado en el acta objeto de impugnación:



El primero de ellos, en el Hecho Primero de la contestación la demandada rechaza la alegación de esta parte de que no se concrete en el Acta las obras:

Disconformes con que no se concrete en el Acta las obras no autorizadas por la Comunidad en el piso 6º derecha ya que, en el primer párrafo del Punto 1º se concretan los obras. Así, se dice textualmente: "Se pone en evidencia que el propietario del piso 6º Derecha ha realizado unas obras no comunicadas ni consentidas por la Comunidad que consisten en:

Añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad

Un posterior cerramiento de la terraza sita en el piso 6º derecha y que da a la Calle

La apertura de un hueco en el forjado que constituye el techo de su vivienda para dar acceso a la terraza comunitaria, mediante una escalera que une dicha vivienda con dicha terraza comunitaria

Asimismo modificó la situación de la puerta de acceso a dicha vivienda."

Como se puede observar, la demandada alega que en ningún caso exista falta de concreción de las obras, expresando cuatro actuaciones concretas para, paradójicamente, al final del Hecho Cuarto (página 11 de la contestación), volver a incidir sobre el mismo asunto, y considerar esta vez que hay más obras (dos más) a las que alude el acta (ver puntos 5 y 6 del fragmento que extraemos). Desde luego, resulta curioso ver cómo la demandada, de un lado, niega la falta de concreción de las obras reflejadas en el acta y, de otro, ni ella misma acierta a concretar las mismas en dos simples momentos de su escrito de contestación.

Los obras a que se hace mención en el Acta de 7 de Junio de 2017 quedan muy claramente expresadas en la misma: El propietario del piso 6º derecha ha realizado unas obras no comunicadas ni consentidas por la Comunidad que consisten en:

Añadir a su propiedad parte de la terraza de lo Comunidad. Cerramiento de la terraza sita en el piso 6 derecho y que da a la calle Se ha cerrado un sumidero que ha provocado humedades en el 5º y sobre las que la Comunidad tendría responsabilidades futuras.

Apertura de un hueca en el tarjado que constituye el techo de su vivienda para dar acceso a la terraza comunitaria, mediante uno escalera que une dicha vivienda con dicho terraza comunitario.

Así mismo modificó la situación de la puerta de acceso a dicha vivienda.

5.- Que- no se puede acceder a las zonas comunes porque hay una con una cerradura de la que sólo tiene llave. En dicha terraza se hayan situados instalaciones comunes como la antena de TV y FM o las que no ecie acceder sin el permiso del Sr.

6.- Que el Ayuntamiento de Madrid sohcito que retirase el tejadillo situada en les terraza superior del edificio pero a dicho indicación no se ha coso a día de hoy.

Con este segundo párrafo la demandada parece olvidar dos aspectos fundamentales:

1) De un lado, obvia lo expresado en el acta, hace una interpretación enormemente extensiva, pluspidiendo deliberadamente aquello que es evidente que nada tiene que ver con las obras que se mencionan en el Acta objeto de impugnación, y ello por cuando los puntos 5 y 6 a los que alude, no hacen referencia alguna ni se encuentran ínsitos en la parte dispositiva del acta, como sí ocurre en el párrafo primero de la misma, que se introducen bajo la expresión "que consisten en: ..."., sino que simplemente son hechos que quedan expresados en el acta con un carácter meramente descriptivo, pero en ningún caso son objeto de mandato por parte del



acuerdo alcanzado en Junta. (Rogamos, a los efectos oportunos, que se proceda a la lectura íntegra del punto 1º del Acta objeto de impugnación.)

II) De otro, pierde una magnífica ocasión para establecer a qué se refiere su representada con la expresión "añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad". En este sentido, no podemos olvidar que la expresión "añadir a su propiedad" hace referencia a un hecho que describe una situación jurídica, no Táctica, sobre todo porque dicha expresión deja huérfana de toda explicación aquello que se supone añadido a la titularidad dominical de mi mandante.

**LO OUE SÍ ACLARA LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.**- Ahora bien, a pesar de que, como hemos visto, la demandada ni acierta a concretar las obras que son objeto de actuación por parte de mi representado, ni aclara a qué se refiere con la expresión "añadir a su propiedad parte de la terraza de la Comunidad", sí nos dice claramente a lo que NO se refiere con esa expresión.

Concretamente, la demandada excluye expresamente en su escrito de contestación a la demanda la casa, el aseo y la cocina del portero, reconociendo que, efectivamente, dichas construcciones existen desde el origen de la construcción del edificio y que **NO SON OBJETO DE LAS OBRAS A QUE SE ALUDE EN EL ACTA DE 7 DE JUNIO DE 2017** (la tipografía en MASYÚSCULAS es de la propia demandada).

Literalmente dice la demandada en el párrafo cuarto de la página 12 de su contestación a la demanda:

Esta es la realidad que se refleja en el Acta y que difiere con la que se expone en el **HECHO CUARTO DE LA DEMANDA DE CONTRARIO**, en el que se hace referencia a construcciones como la ya tan mentada casa del portero, aseo del portero, y la cocina del portero, que es el trastero de su propiedad, que **NO SON OBJETO DE LAS OBRAS A QUE SE ALUDE EN EL ACTA DE 7 DE JUNIO DE 2017**, lo que hace para desviar la atención sobre lo que son la **OBRAS REALIZADAS EN ELEMENTOS COMUNES DE LA EDIFICACIÓN, REALIZADAS SIN AUTORIZACIÓN Y NO CONSENTIDAS POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS**, a las que verdaderamente se refiere el Acta.

Manifestación y reconocimiento expreso que no es aislado sino que es ratificado por la propia parte demandada al decir al final de la página 10 de su contestación a la demanda:

**CUARTO.**- Sobre las obras a las que hace referencia la Comunidad en la Junta de 7 de junio de 2017, decir que no se trata de obras que tengan una antigüedad de al menos 25 años, sino que, a excepción de las realizadas en la terraza del piso sexto, que pudieran ser anteriores, se realizaron en el verano del año 2001, lo que coincide con la referencia que hace el propio demandante en la Junta que ahora impugna, Corroborando todo ello, la demandada apunta -las mayúsculas, la negrita y el subrayado es de ella- en el tercer párrafo de la página 10 de su contestación.

En definitiva y en consecuencia, aclarado, matizado y concretado por la propia parte demandada en su escrito de contestación a la demanda que la ya tan mentada casa del portero, aseo del portero, y la cocina del portero, que es el trastero de su propiedad, no son objeto del requerimiento efectuado a nuestro cliente como obras que tiene que llevar a cabo para devolver la edificación a su estado original (**NO SON OBJETO DE LAS OBRAS A QUE SE ALUDE EN EL ACTA DE 7 DE JUNIO DE 2017**), nos releva de cualquier alegación de justificación de por qué el acuerdo es nulo en este punto.

Pues bien, ya centrado el objeto de debate -1) el cerramiento de la terraza exterior, 2) el cambio del lugar de la puerta de acceso a la vivienda y 3) la instalación de una escalera-, veamos qué concretas obras fueron denunciadas ante el Ayuntamiento de Madrid y que, según apunta la propia demandada, son objeto de la actuación instada por parte de la Comunidad a mi representado a través de la Junta de 7 de junio de 2017. Para ello, hemos de



remitirnos a lo expresado en la única denuncia interpuesta por un solo vecino, que ni siquiera es propietario, como tratamos de acreditar con la aportación de la información del Registro de la Propiedad (Nota Simple) el día de la Audiencia Previa e, incompresiblemente, no se permitió por SSA.

En efecto, aquí se aprecian las obras denunciadas en septiembre de 2001 -única denuncia, a saber:

Apertura de hueco en forjado de techo de última planta. Y cambio de ubicación de puerta de acceso a su vivienda.

Como vemos, las construcciones objeto de denuncia en septiembre de 2001 hace más de 17 años, se limitan a dos de las cuales -eso sí- se encuentran recogidas en el actas.

Quedan, por tanto, dilucidar las otras dos que establece el acta objeto de impugnación, esto es:

Cerramiento de la terraza sita en el piso 6º Derecha y que da a la calle -----, y la enigmática expresión de: "añadir a su propiedad parte de la terraza comunitaria"

Sin embargo, estas dos últimas obras no fueron puestas de manifiesto por el Sr. denunciante -que no la Comunidad de Propietarios- en su denuncia, sino que -en todo caso, como ocurre con el cerramiento de la terraza-fueron requeridas para su legalización por parte de la Administración, por lo que no cabe que sean entendidas como expresión de la voluntad de demolición por parte de la Comunidad, pues no coinciden ni los sujetos actuantes, ni el contenido del mandato. Pero este asunto se retomará en la siguiente alegación del presente recurso.

3) La Sentencia. Poco podemos decir de lo resuelto en Sentencia en el ámbito de la falta de concreción de las obras a las que hace referencia el Acta objeto de impugnación. En efecto, a pesar de que la demandada manifiesta datos y realiza alegaciones que son útiles a la hora de haber acotado al menos -como se hace en el presente escrito de recurso- el contenido del mandato al que la Comunidad insta a mi representado en el Acta de la Junta de 7 de junio de 2017, la Juzgadora de instancia no ve motivo alguno para entender que existe falta de concreción de las obras a las que mi representado ha sido instado. Así, la Juzgadora ataja el -enorme- problema de la manera más rápida, sencilla, y también incierta e insegura, posible: No entiende que haya falta de concreción alguna, y entiende como así lo hace la primera página de la contestación -que no la 11, como hemos visto- que en la propia acta está perfectamente establecida y concretada -véanse la páginas 9 y 10 de la Sentencia-.

#### SEGUNDO.- DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

Centrados ya en lo que debiera ser entendido como el objeto de debate jurídico y, siempre tomando por base de las alegaciones de falta de motivación de la Sentencia y de error en la valoración de la prueba realizada en la instancia, hemos de remitirnos a las páginas 12 a 15 de la Sentencia, únicas dedicadas a la motivación de fondo del asunto, cual es, como así expresa la propia Sentencia, si el acuerdo alcanzado en el punto primero del acta de 7 de junio de 2017 ha sido adoptado con abuso de derecho por parte de la Comunidad de Propietarios y en perjuicio de los derechos del hoy actor que tenía consolidada se afirma- una situación en el tiempo al haber edificado esas obras hoy afectadas por el acuerdo desde hace más de 25 años.

Sin embargo, lo primero que salta a la vista en la lectura de las 4 páginas en las que Su Señoría motiva su decisión desestimatoria, es que trata a todas las obras por igual, sin distinción de cuándo se hicieron, por quién se hicieron y en qué consistió el consentimiento de cada una de ellas, según las alegaciones de esta parte.

Así, la falta de motivación de la Sentencia estriba en el hecho de que dicha resolución no trata de forma individualizada las distintas obras a las que hace referencia el acuerdo de la





Junta objeto de impugnación, cuando todas ellas tienen sus propias características y, por ello, en la demanda han sido tratados de forma individualizada los motivos de oposición que cada una reúne y por los cuales entendemos que el acuerdo alcanzado en la Junta es abusivo y supone un grave perjuicio para mi representado y, por tanto, no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Sin embargo, la Sentencia de la instancia no parece -dicho sea con todos los respetos- que le merezca mayor atención las enormes diferencias que existen entre unas obras y otras, tratando por igual aquellas que jamás han sido objeto de reclamación y que tienen más de 25 años (cerramiento de la terraza del ático), que otras que sí lo han sido tras 16 años (como el cambio de lugar de la puerta de entrada). Merece igual sorpresa ver cómo la Juzgadora, aunque aparentemente metódica en la exposición de las alegaciones y documentos de ambas partes (de hecho, esto es lo que ocupa el 80% del cuerpo de la Sentencia), obvia por completo lo que resulta el objeto de este proceso, cual es la legalidad o no de las obras, dadas las concretas circunstancias que esta parte alegó en su demanda para cada una de ellas, todas ellas encaminadas a resaltar el consentimiento -ya sea expreso o tácito- de las obras.

De la motivación de la sentencia respecto de las obras. Existen únicamente dos momentos en los que la Sentencia motiva la improcedencia de entender que a mi representado le ampare el derecho de mantener las obras:

El primer motivo que expresa la Sentencia de instancia radica en que (páginas 12 infra y 13 supra) Su Señoría entiende que mi representado no aportó el Proyecto y, por tanto, no se da el presupuesto del cerramiento de la terraza al que se hace referencia en el acta de la JGE de 23 de marzo de 1976. Con este simple razonamiento, la Sentencia despacha una obra sobre la que pesan cuatro motivos para no ser demolida, sin que se atiende o valore ninguno de ellos. Habremos de asumir dicha actuación como motivación.

Pero ¿y el resto de obras? Si seguimos el iter discursivo de la sentencia (página 13), en la que a priori parecería que abordaría el resto de obras, llegamos a la conclusión de que parece que no existen más obras que ésta. En efecto, la Juzgadora refleja las actas aportadas en la contestación a la demanda y que NO guardan relación alguna con el objeto del proceso, como son las que hacen referencia a la falta de acceso de los vecinos a la azotea, o las filtraciones de humedades. Así, tras liquidar el asunto del cerramiento, la Sentencia prosigue con una serie de párrafos que sin duda desconciertan sobremanera a esta parte. El fragmento de la Sentencia extraído tiene múltiples aspectos que tratar en relación a la gran falta de motivación de la que aquélla adolece. Veámoslo por partes:

En primer lugar, sorprende a esta parte que la Juzgadora de instancia parezca acoger las alegaciones de la demandada en relación a la supuesta falta de acceso de mi representado a la terraza comunitaria, cuando dicha actuación NO forma parte del proceso ni del debate jurídico -esta parte no impugnó en su demanda nada relativo al acceso a las terrazas comunitarias, ni la demandada se reconvino en tal sentido-, pues no supone obra alguna que deba reponer a su estado de origen.

De hecho, la propia Juzgadora de la instancia, cuando sostiene en su sentencia que no hay falta de concreción en las obras, reproduce -ver de nuevo página 9, infra, y 10 supra, de la Sentencia- las obras a las que mi representado ha de atender, no encontrándose ninguna de ellas relacionada con el supuesto acceso del resto de copropietarios a la terraza comunitaria.

Dicho acceso, que la demandada -y parece ser que también Su Señoría- lo interpretan en el único sentido de entregar las llaves a los vecinos- es evidente que supone una obligación de hacer que en modo alguno se recoge su aprobación en el punto del orden del día que aquí se impugna, por lo que huelga decir que su tratamiento en la Sentencia es tan gratuito como las alegaciones que la demandada expresa en dicho sentido, tan sólo con objeto de tratar de dejar en mal lugar a mi mandante. Y aunque no forma parte del presente proceso, valga apuntar que



mi representado jamás se ha negado a permitir el acceso a la Comunidad para mantenerlos elementos comunes que sean necesarios (antena, cuarto de poleas,...), aspecto éste que en ningún momento achaca la Comunidad al Sr. \_\_\_\_\_, como se puede apreciar en las actas.

Lo que se ha negado es a entregar las llaves a todos los vecinos, como éstos pedían, pues ello supone entregar una posesión a unos comuneros cuando no les corresponde por título, siendo el derecho de uso de las terrazas comunitarias exclusivo de mi representado.

Existe profusa jurisprudencia en este sentido que, por conocida por esta Ilustre. Sala a la que nos dirigimos y la cual ha contribuido a crearla, omitimos reproducir, toda ella como fiel reflejo de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, que obliga a todos los propietarios -no solo a mi cliente- a permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores, sin que exista artículo o norma legal que obligue a mi cliente -ni a ningún propietario- a entregar una llave de su casa, de su propiedad o del lugar cuyo uso y disfrute le corresponde en exclusiva.

En segundo lugar, el tercer párrafo hace referencia -marcado con círculo rojo- a otra obra, tratada en la Junta General Extraordinaria de 19 de junio de 2001 (documento Nº 14 de la demanda) donde se trata una obra que tampoco tiene que ver con ninguna de las que son objeto de impugnación. Así, en dicha Junta, lo que se solicitó por mi representado fue llevar a cabo obras en el solado de la terraza comunitaria que sirve de cubierta al edificio -con compromiso de posterior mantenimiento- para que cesaran las filtraciones de humedades de las que venían quejándose los vecinos del piso inferior. Y para estas obras, se solicitó un Anteproyecto previo a su realización. Pero como decimos, ni el acta que impugnamos dice nada de ese solado de la cubierta ni esta parte ha impugnado nada en ese sentido.

Resaltamos el cuarto párrafo -señalado aquí entre llaves rojas- porque parece a esta parte un ejemplo muy significativo del totum revolutum que supone en términos generales la sentencia que aquí se impugna. Así, si atendemos a la frase:

"No consta que el hoy actor haya facilitado el acceso a los elementos comunitarios existentes en las terrazas, ni entregado las llaves ni presentado Anteproyecto previo a las obras del verano de 2001."

Parece que la Juzgadora lleva a cabo, a modo de síntesis de lo anteriormente analizado, una conclusión de dicho análisis, el cual explica (esto es, fundamenta) la decisión desestimatoria que terminará expresando. Sin embargo, NINGUNO DE LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE EN DICHO PÁRRAFO FORMAN PARTE DEL DEBATE PROCESAL NI JURÍDICO: ni el acceso de los copropietarios a la terraza comunitaria, ni su derecho a obtener llaves, ni el anteproyecto para las obras del solado con objeto de que cesen las filtraciones de humedades en la cubierta del edificio, NADA.

Finalmente en el fragmento de la Sentencia arriba referido, vemos cómo la Juzgadora de la instancia hace referencia a la "denuncia de las obras incontestada y desconocidas". Sin embargo y, a pesar de que este hecho sí guarda relación con -algunas- obras de las que son objeto de mandato en la junta impugnada, causa no obstante idéntico desconcierto a esta parte. La presente frase sin duda tiene como objeto de nuevo -al igual que los anteriores párrafos tratados-fundamentar tácticamente -motivar, en su aspecto fáctico- la desestimación de la demanda. Y en este sentido, entiende que las obras que fueron denunciadas, no eran consentidas, lo que parece lógico. Pero a continuación vuelve a aflorar el reiterado defecto de la falta de concreción de la Sentencia: ¿Qué obras denunciadas son las que entiende Su Señoría que eran incontestadas y desconocidas? ¿Las del solado para evitar filtraciones de humedades, que no forman parte de este debate pero son a las que se refería anteriormente? ¿Las que no se denuncian pero tienen relación con lo que se acaba de exponer por Su Señoría, aunque no guarden relación con el objeto procesal? O, finalmente ¿Las que efectivamente se denuncian, aunque no tengan nada que ver con lo acabado de exponer? Tendría más sentido esto último, ya



que al menos la motivación sería congruente. Por ello, a las obras denunciadas que se refiere serían concretamente dos: el cambio de lugar de la puerta de entrada a la vivienda, y la apertura del hueco en el forjado. Y en todo caso, hablar de denuncias en plural cuando únicamente hay una denuncia por un vecino -Documento Nº 5 de la contestación-, es buscar y engordar deliberadamente la realidad de lo ocurrido para finalmente justificar el fallo desestimatorio de la Sentencia.

De la conclusión alcanzada por Su Señoría. Pero para completar el hilo discursivo de la Juzgadora de instancia hasta alcanzar el convencimiento que define en el fallo de su sentencia, hemos de extraer el siguiente párrafo de la sentencia al que sigue el anteriormente expuesto en este recurso. En efecto, en la página 13 in fine, Como se puede observar, la Sentencia llega ya al momento donde realiza la conclusión por la que entiende que no concurre la circunstancia de consolidación en el tiempo del derecho de mi mandante a mantener la edificación sobre los elementos comunes.

Sin embargo, si volvemos de nuevo a prestar atención a qué concretas obras se refiere Su Señoría de la instancia cuando atendemos a su motivación fáctica, comprobamos que DEJA SIN MOTIVAR OTRAS OBRAS, aplicando la fundamentación fáctica, y puramente teórica, de unas concretas obras para RECHAZARLAS TODAS.

Así, cuando se dice en la Sentencia que las obras fueron denunciadas, lo fueron sólo dos (el cambio de lugar de la puerta de acceso a la vivienda y la instalación de una escalera) y lo fueron en el año 2001. Dicho expediente devino caduco y, al incoarse de oficio uno nuevo de legalización por el tejadillo, la Administración únicamente se dirigió a mí representada por la obra del porche (más arriba identificado como "cobertizo" -en pie desde 1992, hace más de 25 años-)

Es decir, de las exigencias de legalización que dice Su Señoría que se tramitaron contra mi representado, tan solo la de 2001 le requiere para dos obras -si bien dicho expediente caducó a los 10 meses!, como así establece la Resolución de 2008, que luego veremos-. El resto de requerimientos a los que hace referencia la Sentencia (2008, 2010, 2011) sólo tuvo por objeto UNA SOLA OBRA: la retirada de lo que llama el Ayuntamiento porche y, en todo caso, es un requerimiento de la Administración, no de la Comunidad demandada. De hecho, la propia juzgadora se descubre en su conclusión, cuando dice que "No concurre (...) mantener la edificación sobre los elementos comunes...", clara muestra ésta de que está dejando sin juzgar el resto de las otras tres supuestas modificaciones.

TERCERO.- Del error en la valoración de la prueba.

Ya hemos visto en el apartado anterior cómo la sentencia funda la desestimación de la demanda en relación al cerramiento de la terraza, por el hecho de entender que no se obtuvo la autorización de la Comunidad al no constar la aportación de Proyecto alguno. Y de otro lado, que el resto de obras no se pueden entender consentidas por la demandada al estar denunciadas por la Comunidad en 2001 y ser objeto de requerimiento administrativo en los años 2008, 2010 y 2011. Pues bien, hemos de decir que dicha conclusión es del todo errónea -dicho en términos de exclusiva defensa-, pues:

a) La única denuncia que consta por parte de un vecino -que no la Comunidad-, fue la formulada en septiembre de 2001, y carece de contrastación alguna con la realidad. La denuncia versaba -como ya se ha dicho aquí reiteradamente- sobre dos obras: la modificación de la situación de la puerta de entrada a la vivienda, y la apertura de hueco en el forjado de la vivienda de mí representado para poner una escalera de acceso a la terraza. El resto, una, fue realizada de oficio por la Administración. Pero lo que es más importante, ¿puede alguien explicar a este letrado qué concreta argumentación expresa la Juzgadora de la instancia para llegar a la conclusión de que AQUELLO QUE DENUNCIA el vecino coincide con la realidad? Esta parte ha reconocido en su escrito de demanda la obra realizada respecto de la modificación de lugar de



la puerta de entrada a la vivienda en 2001 (para reubicarla en la ubicación original que tenía en 1964 como así figura inscrita en Registro de la Propiedad, véase título de propiedad del 6º Dcha.), pero, en relación al hueco aperturado en el forjado, ha explicado, argumentado y aportado prueba -la redacción de la propia escritura de Obra Nueva y División Horizontal y del título de propiedad del 6º Dcha. que dicha obra ya se encontraba realizada desde los orígenes del edificio, como así consta en la descripción registral del título antedicho. Entonces, si Su Señoría entiende que lo alegado por esta parte no le merece credibilidad alguna y sí la opinión de una persona que denunció a mi representado ante el Ayuntamiento, ¿puede explicar -es decir, motivar, y si es valorando la prueba, tanto mejor- Su Señoría de la instancia por qué entiende que la creencia de un vecino es superior a lo que sostiene mi representado y a la descripción de un título debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad? A este respecto, hemos de apuntar dos aspectos fundamentales:

1º) La única actuación de la administración en relación a esta obra hace referencia a la constatación de la apertura del hueco, y procede a requerir a mi mandante (diciembre de 2001) para que explique o dé razón de su legalidad, pero en ningún momento la Administración emite una resolución en la que declare la ilegalidad de dicha obra. Y

2º) En consonancia con lo anterior, cuando el expediente administrativo que requiere a mi mandante caduca y así se declara por la propia administración en 2008, y abre otro de oficio, **NO VUELVE A REQUERIR A MI MANDANTE EN RELACIÓN A DICHA OBRA, SINO QUE ÚNICAMENTE LO HACE CON OTRA QUE NADA TIENE QUE VER** (la del tejadillo, de la que luego se hablará).

Por ello, la Sentencia de la instancia alcanza la convicción de la ilegalidad de dicha obra como si de una cuestión de fe se tratara. Y conste que esta parte no critica dicha opción, pero sí el que ni siquiera declare en qué consiste dicha cuestión, pues lo contrario deja a esta parte en una situación de gran indefensión a la hora de recurrir los argumentos de la instancia.

En segundo lugar, los requerimientos realizados por la Administración lo fueron, a partir de 2008, por una sola de las obras -el tejadillo o porche desmontable-, no por el resto.

En cualquier caso, la voluntad de la Junta de Propietarios no puede hacerse extensiva ni hacer suya las actuaciones realizadas por la Administración local, ni siquiera aunque éstas traigan causa de aquéllas, pues no representan los mismos intereses ni atienden a los mismos derechos susceptibles de protección. Si la Comunidad de Propietarios tuviera una real intención de protección de los elementos comunes del edificio así lo hubiera manifestado en sucesivas y anuales juntas de propietarios. Pero no. Jamás dijo nada hasta ésta que ahora impugnamos y que, como hemos dicho, no tiene una intención real de proteger los elementos comunes sino la de obtener un lucro -más de 206.000 euros- a costa de mi representado. Sin embargo, Su Señoría no parece darle mayor atención al hecho de que, desde 1992, la Comunidad no haya dicho nada en contra de los mismos, ni siquiera en 2001 cuando un vecino -que no la Comunidad- decidió denunciar las otras obras frente a la Ayuntamiento.

En la misma línea y, en relación al último fragmento de la sentencia arriba expuesto (página 13, *infra*), la Juzgadora asegura que: "A partir de estas fechas [esto es, de la denuncia de la Comunidad de 2001] se constatan los cerramientos y la ampliación de la zona habitable de la vivienda del hoy actor..."

De nuevo esta frase describe muy bien cómo la sentencia funda en un único motivo a todas las obras y, además, en este caso, incierto, pues la realidad es bien distinta. **NO ES CIERTO QUE LOS CERRAMIENTOS SE CONSTATARAN A PARTIR DE 2001, EL CERRAMIENTO DE LA TERRAZA DEL PISO DEL SR. SE LLEVÓ A CABO EN 1992 -ahora hace 27 años y en el 2001 momento en el que lo data la Sentencia, hacía ya 9 años-**.

**CUARTO.- DE LAS OBRAS, EL AÑO DE CONSTRUCCIÓN Y SU AUTOR.**

**CROQUIS ACLARATIVO.**

Dada la diversidad de obras, alegaciones y manifestaciones de la Comunidad, permítame la Ilustre Sala a la que me dirijo que exponga un cuadro aclarativo de dichas obras, con los caracteres básicos que les son propios individualizados, a fin de poder ayudar, en primer lugar, a arrojar algo de luz a la concreción de las obras, y en segundo lugar, a centrar los elementos de valoración de la prueba que esta parte entiende que debieran ser tenidos en cuenta a fin de dilucidar si asiste o a mi mandante la tutela que solicita, y respecto de qué bienes.

**1.- RESPECTO DE LA EXPRESIÓN "AÑADIR A SU PROPIEDAD PARTE DE LA TERRAZA DE LA COMUNIDAD.**

Entendemos que este aspecto ya ha quedado lo suficientemente tratado en el punto anterior y que, dadas las explicaciones, aclaraciones y concreciones establecidas por la propia Comunidad de Propietarios en su contestación a la

demanda -Esta es la realidad que se refleja en el Acta y que difiere con la que se expone en el HECHO CUARTO DE LA DEMANDA DE CONTRARIO, en el que se hace referencia a construcciones como la ya tan mentada casa del portero, aseo del portero, y la cocina del portero, que es el trastero de su propiedad, que NO SON OBJETO DE LAS OBRAS A QUE SE ALUDE EN EL ACTA DE 7 DE JUNIO DE 2017, lo que hace para desviar la atención sobre lo que son la OBRAS REALIZADAS EN ELEMENTOS COMUNES DE LA EDIFICACIÓN, REALIZADAS SIN AUTORIZACIÓN Y NO CONSENTIDAS POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, a las que verdaderamente se refiere el Acta-, hemos necesariamente de entender que los tres cuerpos construidos en la terraza comunitaria (de uso exclusivo de mi representado) no entran dentro del mandato de la Junta de Propietarios aprobado en el acta de 7 de junio de 2017. No obstante y, dado que la Sentencia no aclara este punto ni queda claro por la propia demandada a qué concreta realidad hace referencia dicha "obra" creemos conveniente seguir alegando el rechazo de demolición de cualesquiera obra realizada en la terraza comunitaria, aunque no haya sido realizada por mi mandante, ni —ahora lo sabemos- a ellas se refiera el acta de la Comunidad.

No obstante y, como las alegaciones que en este apartado corresponderían va han sido realizadas en la propia demanda, a ellas nos remitimos íntegramente, si bien para mayor comodidad y si ello fuera de utilidad y a los meros efectos dialécticos tras el expreso reconocimiento de la demandada de que estas obras no son objeto de requerimiento de demolición a nuestro representado (seguramente ello sea debido a la barbaridad de sostener judicialmente la demolición de unas obras que llevan hechas hace más de 50 años), reproducimos aquí las cuestiones de mayor interés:

Construcción en forma de L ("casa del portero"). Construcción no imputable a mí cliente, se trata de la antigua casa del portero, estando presente en la terraza bien desde la construcción del edificio en 1964 o, al menos, desde 1967, fecha en que aparece en la primera fotografía del vuelo encargado por el Ayuntamiento de Madrid (Ver página 5 del Informe pericial que se aporta como documento N° 13 de la demanda y su anexo 3).

En todo este tiempo la Comunidad no sólo la ha consentido sino incluso que se ha beneficiado de ella aun después de haber abandonado su finalidad inicial como casa del portero. Así, los diferentes propietarios la usaron después como trastero, como pone de manifiesto el acta de la Junta General de fecha 24 de mayo de 1990 (aportada como documento N° 11 de la demanda) hasta que mi mandante reivindicó (1990) el uso exclusivo de las terrazas y trastero que así tiene reconocido en su título, lo que fue aceptado por el resto de copropietarios, entregando éstos la posesión de buen grado. En consecuencia, esta construcción tiene, al menos, 50 años (1967 a 2017), seguramente fue ejecutada durante la construcción del edificio y usada durante



años -1967 a 1990- primero como casa del portero del edificio y después como trastero de los propietarios del mismo, por lo que, para el caso de que la Ilustre Sala, a la que tenemos el honor de dirigirnos, considerara que dicho elemento forma parte de las obras a las que se refiere la Junta que aquí se impugna, habría de ser igualmente estimado por suponer una actuación claramente abusiva por parte de la Comunidad, suponiendo un perjuicio para mi representado y sin que éste tenga obligación legal de soportarlo.

1.2. El aseo del portero. Construcción rectangular de 130x215cm. tal como describe el Informe pericial de la demanda (ver página 5), que se corresponde con el aseo de la antigua casa del portero y que la Comunidad decidió mantener. Igualmente se trata de una construcción que ya aparece en la fotografía aérea del vuelo encargada por el Ayuntamiento de Madrid desde 1967 (anexo 4 del Informe pericial) y de ahí en adelante en todas las demás fotos hasta la actualidad -al igual que la casa del portero- y por tanto no imputable a mi mandante. En consecuencia, esta construcción tiene, al menos, una antigüedad de 50 años (1967 a 2017), seguramente fue ejecutada durante la construcción del edificio y usada durante años 1967 a 1990- primero como aseo de la casa del portero del edificio y después como trastero de los propietarios del mismo.

Una construcción pentagonal (también llamado "cobertizo" o "porche") unida al anterior aseo, descrita en la página 6 del Informe pericial acompañado a la demanda como documento no 13: "Consiste esta habitación en un pentágono de los que cuatro lados están constituidos por paredes ya existentes desde la construcción del edificio", (...) por lo que únicamente la 5a pared obedece a la actuación de mi mandante, siendo según describe el mencionado Informe una pared hecha con "con chapa galvanizada y tejado de material acrílico ondulado trasdosado internamente con placa de yeso que hace de techo". Como se observa en la fotografía aérea del Ayuntamiento de Madrid de 1992<sup>9</sup>, que se acompaña a dicho Informe (Anexo 4), tiene una antigüedad de, al menos, 25 años. Esta construcción, también ha sido utilizado por la totalidad de propietarios del edificio desde el año 1992, dando mi representado expreso consentimiento (y entregando una llave a cada propietario ver Junta General Ordinaria celebrada el 30 de enero de 1992 aportada como documento nº 12 de la demanda) durante más de 9 años consecutivos - hasta el año 2001, momento en el que se celebró el día 19 de junio de 2001 Junta General de Propietarios -documento nº 14 de la demanda- y en la que en el Punto 7º del orden del se acordó: "Se informa a todos los copropietarios que en el plazo aproximado de 15 días desde la fecha de notificación de este Acta, se procederá a retirar todos los elementos situados en la azotea norte del edificio...".

En consecuencia, esta construcción tiene, al menos, una antigüedad de más de 25 años (enero de 1992 a 2017), ejecutada con conocimiento y autorización de los propietarios del edificio y usada por ellos mismos durante 9 años (1992 a 2001<sup>11</sup>).

## 2.- RESPECTO DEL "CERRAMIENTO EN LA TERRAZA PROPIEDAD DEL ÁTICO QUE DA A LA CALLE

Como ya hemos apuntado en el esquema anterior y así lo hicimos constar en la demanda, esta obra reúne múltiples causas de oposición contra la orden de demolición instada en el acuerdo de la Junta de Propietarios que impugnamos, por lo que seguiremos el mismo orden:

a) En primer lugar, la Comunidad aprobó en Junta General extraordinaria de 23 de marzo de 1976 (documento no 7 de la demanda), adoptado al punto 4º del orden del día, que cualquier propietario que quisiera realizar un cerramiento tan sólo tendría que presentar un proyecto para su aprobación. Dicho acuerdo fue ratificado en el año 1978. El día 28 de marzo de 1978 se celebró Junta General de Propietarios. A la misma asistió el anterior propietario del piso de nuestro cliente representado por D.

El Punto 4º 2 del acta de esta Junta (Documento Nº 8 de la demanda) literalmente dice: "El Sr [ ] pide autorización a la



Junta para cerrar dos de las tres puertas que hay en la terraza que tiene para su disfrute y la Junta acuerda autorizarlo por mayoría". Y Finalmente, nuestro cliente solicitó autorización para realizar el cerramiento en el año 1992 con la aportación del correspondiente proyecto, siéndole concedida tal autorización por quien era Presidente de la Comunidad en aquel momento, D.

No obstante este hecho, la testifical propuesta por esta parte sobre la persona del Sr. fue denegada en la instancia por Su Señoría, lo que esta parte habrá de volver a solicitar, dada la especial relevancia del conocimiento de este hecho por el entonces Presidente de la Comunidad. A mayor abundamiento, hemos de advertir que los cuatro cerramientos de terrazas que existen en la Comunidad fueron realizados bajo su mandato, y es pleno conocedor de los extremos de las respectivas autorizaciones dadas a aquéllos en nombre de la Comunidad.

Antigüedad del cerramiento realizado en la terraza propiedad del ático: año 1992, dato éste corroborado por dos fuentes, a saber: el Informe emitido por el Arquitecto Superior D. que se aporta con la demanda como Documento N° 13, en cuya página 6 así lo expone. Y las fotos aéreas realizadas por el Ayuntamiento de Madrid y aportadas en dicho Informe como Anexo.

Queda dicha existencia por tanto consolidada a lo largo de más 25 años, sin que, como hemos visto, haya sido nunca objeto de rechazo por parte de la Comunidad de Propietarios en ninguna Junta -hasta ésta que es objeto de impugnación-, ni que incluso exista vigente, desde hace años, ninguna orden o requerimiento municipal ni de ninguna otra administración que inste a mi representado a su derribo.

Ausencia de oposición o requerimiento en contra del cerramiento por parte de la Comunidad de Propietarios. Autorización por ésta. Como acabamos de ver, el cerramiento de la terraza del piso del Sr. llevó a cabo en el año 1992 -ahora hace 27 años-, a vista, ciencia y paciencia de todos los propietarios y es perfectamente visible desde el exterior de la calle. Y durante nada más y nada menos que 25 años la Comunidad de Propietarios no se ha opuesto a esta obra en ninguna ocasión -véanse todas las actas que figuran aportadas a autos, donde podremos comprobar que en ninguna se dice nada en contra del cerramiento-. Es más, la única acta que habla del cerramiento de esta terraza, es el Acta de la Junta General Extraordinaria de Propietarios celebrada el día 10 de marzo de 2000 (Documento No 2 de la Contestación a la demanda), que expresamente reconoce la existencia del cerramiento y, en ningún caso, se requiere a nuestro cliente a que lo retire. Más bien al contrario, pues lo único que pide la Comunidad es un aumento de su coeficiente de participación. Reproducimos lo que dice el acta:

"El Sr. , expone que el uso y disfrute de las terrazas debe conllevar el mantenimiento de éstas, además informa de las obras realizadas en las terrazas las cuales añaden m<sup>2</sup> de superficie a los pisos afectados y solicita que se notifique al propietario del 6º Dcha. las siguientes propuestas:

Disponer de acceso al cuarto de poleas.

Cambiar la ubicación de la antena de TV comunitaria, a una con posibilidades de acceso a todos los vecinos.

Disponga la Comunidad de Propietarios del derecho de vuelo a partir de la cubierta donde se encuentra la antena TV.

Cambio de coeficientes en los pisos que por cerramientos de terraza hayan aumentado su superficie.

Se propone sea aumentado el coeficiente de este piso, 6º derecha.

Esto demuestra de manera indubitada: 1) que la Comunidad conocía el cerramiento de la terraza, 2) que en la Comunidad existen otros cerramientos de terraza, 3) que la Comunidad no quiere el cerramiento de la terraza y 4) que la Comunidad lo único que quiere es que se reajusten los coeficientes.

Ausencia de requerimiento administrativo.- A estos efectos, hemos de aclarar que el



único requerimiento de legalización de dicha obra tuvo lugar de oficio por el Ayuntamiento de Madrid, a través de la Orden de Legalización de 19 de diciembre de 2001, en el seno del Expediente administrativo no ..... ver documento de la contestación a la demanda no 8), el cual devino caduco por Resolución de 25 de marzo de 2008 (notificada el 26/05/2008, adjuntada como documento nº 10 de la Contestación a la demanda). Y recalcamos, ese expediente caducado se abrió de oficio por el Ayuntamiento y no por denuncia de la Comunidad de Propietarios ni por ninguno de sus vecinos.

Ausencia de afectación estructural. Así lo establece lo informe pericial que se acompaña a la demanda -Documento No 13-, cuando establece que "No tiene ninguna transcendencia estructural (la importancia del peso de la losa de obra con que se sustituye parte del cubrimiento de la terraza es absolutamente despreciable)".

Existencia de otros cerramientos realizados por otros propietarios y que no han sido objeto de requerimiento alguno por parte de la Comunidad, como el del Tercero Izquierda (ejecutado en 2001), habiéndose realizado todos en las mismas condiciones, según atestigua el entonces Presidente D. .... El cerramiento del piso Tercero Izquierda, que nada importa a la Comunidad demandada- se puede ver claramente en el Anexo 5 del informe pericial de esta parte, Documento Nº 13,

### 3.- HUECO EN EL FORJADO DEL TECHO PARA COLOCAR UNA ESCALERA QUE COMUNIQUE LA VIVIENDA CON LA PLANTA SUPERIOR.

La única escalera interior que hay en la vivienda 6º Dcha., por lo demás inscrita en el Registro de la Propiedad y ejecutada hace más de 16 años, comunica directamente la vivienda con el trastero que es propiedad anexa del piso 6º Dcha.

Hemos aquí de remitirnos íntegramente a lo expuesto en el escrito de demanda.

Es rotundamente falso que mi cliente haya realizado ningún tipo de perforación o rotura en el forjado del techo de su vivienda para comunicarla con la terraza situada en la planta superior. Esta comunicación interior entre las dos propiedades de nuestro cliente fue ejecutada durante la misma construcción del edificio por la empresa constructora. Y así viene expresamente recogido en la Declaración de Obra Nueva y División Horizontal del edificio del año 1964 -Documento no 2 de la demanda-, al manifestar que desde la vivienda hay acceso directo al trastero de su propiedad situado en la planta superior:

"Corresponde al piso descrito como anexo, la propiedad de un cuarto trastero, situado en la planta de torreones que tiene acceso directamente desde la escalera junto al cuarto de poleas del ascensor y la terraza trasera..."

Y por ello desde la construcción del edificio siempre hubo un hueco en el techo de la vivienda previsto para dar acceso directo al trastero, si bien es cierto que cuando nuestro cliente compró la vivienda el mismo se encontraba cubierto con un simple rasillón. Dicho rasillón simplemente fue retirado por mi cliente para disfrutar del acceso al trastero reconocido registralmente. Y así lo refiere el Informe pericial del Arquitecto D. ....

....., Documento Nº 13, cuando dice, página 8, que:

"... dado el entorno estructural descrito del hueco resulta plenamente justificable considerar que fue previsto, proyectado y ejecutado durante la construcción del edificio en el año 1964 para el emplazamiento de la escalera allí instalada".

Señala también el Informe que no se ha producido daño estructural, precisamente porque ya estuvo previsto este hueco desde la construcción del edificio, habiéndose limitado el Sr. .... a la retirada del rasillón que lo cubría.

En consecuencia, el hueco existente en el techo de la vivienda de nuestro representado fue practicado durante la construcción del edificio, fue expresamente recogido en la declaración de obra nueva del edificio y no existe ninguna afección estructural.

Si estuvo cubierto el tal hueco durante varios años fue debido a que el promotor del





edificio y propietario del 6º Dcha. hasta que se lo vendió al Sr. cedió temporalmente el uso del trastero, propiedad del 6º Dcha., como cocina al portero del edificio y retiró la escalera (inscrita en el Registro de la Propiedad) que comunicaba directamente con dicha vivienda el tal trastero.

Por tanto, no existe causa legal y supone un grave perjuicio para nuestro representado sin que tenga la obligación jurídica de soportarlo y por haberse adoptado con abuso de derecho el acuerdo adoptado en el Punto 1º del orden del día de la Junta General Extraordinaria de Propietarios de 7 de junio de 2017 que insta a nuestro representado a volver a su estado original la edificación y, en consecuencia, deberá declararse nulo.

#### 4.- MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA PUERTA DE ACCESO DE ENTRADA A SU VIVIENDA.

Hemos de decir que si bien es cierto que mi mandante realizó un cambio con respecto a la ubicación que tenía la puerta de acceso cuando él adquirió la vivienda, debemos señalar que lo único que hizo fue reponerla en su ubicación original, la que tenía cuando se construyó el edificio y tal como fue inscrita en la Declaración de Obra Nueva y División Horizontal del Edificio -Documento No 2 de la demanda-.

El promotor del edificio, propietario y ocupante del 6º Dcha., D.

, hasta que se lo vendió al demandante, le hizo saber a éste que si había modificado la ubicación original de la referida puerta de acceso a su vivienda fue debido a que al haber quitado la escalera que comunicaba directamente dicha vivienda con su cuarto trastero (para ceder su uso como cocina al portero) había quedado libre la pared colindante a la tal escalera y se podía abrir en ella la puerta de acceso al 6º Dcha. y así cambiar de sitio la originalmente abierta.

Esto al parecer le convenía por varios motivos (más cercanía a la cocina y quedar pegada a la puerta de acceso al piso colindante también de su propiedad en que vivía su hijo).

Y lo pudo hacer porque aunque estéticamente se viera mal y rompiera la uniformidad de las demás plantas no sería motivo de desagrado para los demás propietarios al tratarse la planta 6a de la última y no haber más viviendas en ella que las dos de su propiedad.

Evidentemente, el demandante, al reponer la escalera que da acceso directamente desde la vivienda a su cuarto trastero (y que está pegada a la pared donde estaba la puerta que el anterior propietario había recolocado) tuvo necesariamente que devolver la puerta a su ubicación original.

En cualquier caso, y para demostrar el abuso de derecho de la Comunidad de Propietarios, pues no obtiene nada a cambio e, incluso, va en su contra, hemos de reincidir en señalar que la totalidad de las puertas existentes en los descansillos de las cinco plantas inferiores del edificio que dan acceso a las viviendas primero derecha, segundo derecha, tercero derecha, cuarto derecha y quinto derecha se hallan situadas en el mismo sitio que actualmente tiene la puerta de entrada a su vivienda nuestro cliente.

Es más, la propia Declaración de Obra Nueva y División Horizontal del Edificio - Documento Nº 2, describe la situación de la puerta de acceso a la vivienda en el mismo lugar que actualmente se encuentra.

Por lo que su actual ubicación se corresponde tanto con la realidad física del resto de puertas de acceso a las viviendas en el inmueble, como con la realidad registral, de acuerdo con la descripción de los linderos: "... y fondo, con uno de los patios cubiertos, que se desarrollan desde la primera planta, al que tiene dos huecos de luces, la caja de la escalera, el descansillo de la misma al que tiene su puerta acceso, el hueco del ascensor, el piso ático izquierda, y con el otro patio cubierto que sirve de terraza al piso primero izquierda, teniendo una terraza volada a dicho espacio libre.



Esto se aprecia con claridad en el Plano N° 1 que se acompaña al Informe pericial; aportado por esta parte, pues, efectivamente, si vamos al descansillo de la planta sexta -y al de las cinco plantas inferiores- comprobamos como la descripción registral coincide milimétricamente con la actual realidad física al encontramos en primer lugar la puerta de acceso a la vivienda, a continuación el hueco del ascensor y seguidamente el piso ático izquierda. Si nos fijáramos en la situación que tenía la puerta con anterioridad al cambio que realizó nuestro cliente, la descripción registral no coincide con la física, ya que la puerta de acceso de nuestro cliente se encontraba situada a continuación del hueco del ascensor y junto a la puerta de acceso al ático izquierda.

En consecuencia, la reubicación de la puerta de entrada a la vivienda realizada por nuestro cliente fue ejecutada de conformidad con la descripción de los linderos que figura en el Registro de la Propiedad, su construcción se hizo a vista, ciencia y paciencia de la totalidad de propietarios del edificio sin que nada dijieran en contra durante más de 16 años, su ubicación se encuentra actualmente en el mismo lugar que las puertas de entrada de las restantes plantas del edificio, habiéndose conseguido la uniformidad y armonía de los descansillos de las seis plantas, sin que exista ninguna afección estructural y sin que la reversión de la puerta a su anterior emplazamiento conceda a la Comunidad ningún beneficio o ventaja -todo lo contrario, pues entonces el edificio no gozaría de la uniformidad que tiene hoy, da lugar a que esta actuación que se requiere a nuestro representado constituya un abuso de derecho, al no tener la obligación jurídica de soportarlo.

#### 5.- COLOCACIÓN DE UN TEJADILLO EN LA TERRAZA SUPERIOR.

Aunque entendemos que esta obra tampoco es objeto de mandato a mi representado por lo manifestado por la demandada en la contestación a la demanda, pasaremos a tratarla a los meros efectos aclaratorios, dadas las referencia que hace el acta a la misma, aunque no se encuentre en su parte dispositiva, como ya ha sido explicado en la primera Alegación de este escrito. Dicha construcción no puede considerarse como tal, pues se trata de un elemento fácilmente desmontable. Las características del toldo al que la Comunidad demandada denomina "tejadillo" se describen en el Informe pericial acompañado con la demanda, en la página 7 del mismo, refiriendo el Arquitecto que se trata de una estructura fácilmente desmontable, y que "La desinstalación e instalación del tal tejadillo se ha realizado por una sola persona en mi presencia y ha durado 20 minutos". Esto se puede comprobar en las fotografías del Anexo 8 del Informe que se adjunta a la demanda. Igualmente refiere el Informe que desde el punto de vista urbanístico no resulta susceptible de computar como aumento de edificabilidad "dado que por otra parte dos de sus lados no están apoyados en pared o cerramiento, y además está separado unos 70 centímetros de la construcción implantada en la terraza trasera".

#### QUINTO.- DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL CONSENTIMIENTO TÁCITO.

Como razón jurídica de todo lo expresado en el presente escrito de apelación, hemos de decir que las obras a las que se insta a mi representado a llevar a cabo para devolver los elementos a su estado original supone una actuación, una vez aprobada en Junta, como es el caso, que entra dentro de las descritas como abuso de derecho. Y, en todo caso, cuentan como mínimo con el consentimiento tácito de la Comunidad de propietarios.

A fin de no ser reiterativos y para dar el enfoque jurídico y jurisprudencia' adecuado a todo lo manifestado en el presente recurso de apelación, NOS REMITIMOS ÍNTEGRAMENTE a los Fundamentos de Derecho que constan en nuestro escrito de demanda, en concreto a las páginas 26 a 37, en las que se hace un estudio exhaustivo y detallado de por qué en el presente caso el acuerdo adoptado se ha producido con abuso de derecho y, cuanto mínimo, las obras ejecutadas están admitidas tácitamente, lo que debe dar lugar a que el acuerdo sea nulo.



Pero es que además el consentimiento prestado por la Comunidad de Propietarios ha sido manifestado más que tácitamente al haber sido:

- Las edificaciones en las azoteas comunitarias, reconocidas y aceptadas en Juntas de Propietarios (Actas anteriores a 1990, 1992 y 2001) e, incluso, haber sido usadas por la Comunidad de Propietarios durante largos periodos de tiempo (como casa del portero o como trastero).

-El cerramiento de la terraza propiedad del 6º Dcha. en 1992, reconocido en las Juntas de 2000 y 2001 y únicamente para plantear la necesidad de modificar su cuota comunitaria por suponer un aumento de su superficie habitable.

-Y la devolución a su estado original de la puerta de acceso al 6º Dcha. y de la escalera interior que comunica directamente dicha vivienda con el trastero de su propiedad, por ser anterior a la constitución de la propia Comunidad de Propietarios, según recoge el título de Propiedad de la tal vivienda y la División Horizontal, convenientemente inscritos en el Registro de la Propiedad.

Y sobre todo después de conocer los hechos nuevos que han acontecido con posterioridad a la presentación de la demanda y de la contestación, y que han tenido como consecuencia la solicitud por esta parte de incluir en autos un informe realizado por Detective Privado que recoge lo tratado y hablado en las reuniones y juntas de propietarios celebradas en fechas 21 de marzo de 2018, 4 de abril de 2018 y 25 de abril de 2018, en las que se da buena cuenta de la verdadera voluntad de la Comunidad de Propietarios con la aprobación del acuerdo que impugnamos, que no es "cuidar de los elementos comunes" —voluntad exteriorizada en el acta- sino presionar, coaccionar e intimidar a nuestro representado —voluntad real del resto de propietarios- a través del acuerdo alcanzado en la Junta aquí impugnada a fin de que mi mandante se avenga a pagar a los comuneros la cantidad de 206.474,79 euros, como se expondrá más detenidamente a través de otrosí, para fundamentar la procedencia de la práctica de la prueba que fue denegada en la instancia.

#### **TERCERO.- Primer motivo del recurso: la concreción de las obras.**

Leído el punto 1º del orden del día f.35, no podemos decir que el acuerdo sea inconcreto e inespecífico. En él se da cuenta detallada y pormenorizada de las obras, del debate entre los vecinos y el actor sobre las obras, aumento de la superficie de la vivienda, imposibilidad de visita las terrazas para reparaciones de elementos comunes, cambio de ubicación de la puerta de acceso a la vivienda, perforación del forjado para acceder a la terraza, y se cita incluso la intervención del Ayuntamiento ante la ilegalidad de las obras. Y se toma por amplísima mayoría el acuerdo de demolición de dichas obras; vuelta a su estado original.

Es más, la minuciosidad del recurso, y de la demanda apoyada en un informe pericial, en el que se pide al perito que informe sobre la antigüedad y características del edificio, sobre la antigüedad de las construcciones sitas en las terrazas delantera y trasera, sobre la antigüedad del cerramiento de parte de la terraza delantera, la ubicación de las puertas de acceso y de los posibles daños estructurales causados por las obras, y nos dan idea de que el actor conoce sobradamente la situación.

#### **CUARTO.- Segundo motivo del recurso: La motivación.**

La falta de motivación, la motivación insuficiente, o la ausencia de pronunciamientos sobre alguna de las pretensiones de las partes tiene consecuencias distintas según el tipo de recurso utilizado. En los recursos extraordinarios, esa falta tiene la naturaleza de vicio de actividad que funda el recurso en su más puro sentido de medio de impugnación. En esa arquitectura el Tribunal juzgador actúa con jurisdicción negativa; se limita a comprobar la



existencia de la falta y si llega a esa conclusión anula la sentencia, Art.467 L.E.C., y remite -reenvía- al tribunal inferior para que motive adecuadamente; es la técnica de las acciones rescisorias.

En la apelación la cosa cambia sustancialmente. El recurso de apelación contempla tanto la impugnación en sentido estricto, Art.459 L.E.C., como el medio de gravamen, Art.456 L.E.C. pero la jurisdicción del Tribunal de segunda instancia es plena, Art. 465.2 L.E.C., y la consecuencia es que, salvo nulidad de actuaciones que no es el caso de autos, no hay reenvío. El Tribunal de apelación está obligado a revisar la motivación, confirmándola o revocándola en todo o en parte, y a pronunciarse sobre las pretensiones omitidas, y dicta sentencia según los términos del debate.

El efecto procesal de la ausencia o defecto de motivación, o de omisión de pronunciamientos se resuelve en que la motivación de la sentencia del Tribunal de apelación sustituye o complementa la usada por el Tribunal de instancia, sin perjuicio del resultado de fondo, y la pérdida de una instancia con respecto de las pretensiones omitidas.

Desde la óptica del derecho a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho; Art. 24.1 C.E., conviene recordar que, según reiterada doctrina constitucional, el deber de motivación que pesa sobre los órganos judiciales "no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial" (entre otras muchas, SSTC 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, y 126/2013, de 3 de junio, FJ 3), pudiendo satisfacerse las exigencias constitucionales mínimas del derecho a la tutela judicial efectiva con una respuesta tácita siempre que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos de esa respuesta tácita; sin que la suficiencia de la motivación pueda ser "apreciada apriorísticamente, con criterios generales sino que, por el contrario, requiere examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito en las resoluciones judiciales" impugnadas ( SSTC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; y 160/2009, de 29 de junio, FJ 6). En particular debe recordarse que la doctrina constitucional ha declarado reiteradamente que "el silencio judicial determinante de la vulneración constitucional debe referirse a extremos que de haber sido considerados en la decisión hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, pues en caso contrario la falta de respuesta carecería de relevancia material" ( STC 139/2009, de 15 de junio, FJ 2), y que aunque no existe obligación de que el órgano judicial realice un pronunciamiento explícito sobre la eficacia probatoria que le merece cada uno de los medios de prueba sí es necesario que especifique el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (entre otras, STC 126/2013, de 3 de junio, FJ 3).

Con arreglo a estas ideas no vemos que la sentencia de instancia este huérfana de motivación, ni que su motivación sea arbitraria, caprichosa, aberrante, o hija del voluntarismo jurídico. Lo que ocurre es que no gusta al recurrente por ser contraria a sus intereses.

#### **QUINTO.-Tercer motivo del recurso: valoración de la prueba. (I)**

Comenzaremos por una afirmación básica; el actor tiene derecho a disfrutar de su piso o local, sin más restricciones que las que consten en su título de propiedad según el Registro, y según el Registro tiene atribuido el *uso y disfrute exclusivo de las dos tenazas*



*que sirven de cubierta a la finca, situadas encima de la planta de áticos. Corresponde al piso descrito como anexo, la propiedad de un trastero situado en la planta de torreonos que tiene acceso directamente desde la escalera junto al cuarto de poleas del ascensor, y la terraza trasera.*

Afirmación que debemos completar con la escritura de declaración de obra nueva y constitución en propiedad horizontal, y con los estatutos de la comunidad que se pronuncian en el mismo sentido, al decir que el ático que nos ocupa tiene el uso exclusivo de las terrazas. Es decir; las dos terrazas son elementos comunes de uso privativo.

En este particular la STS de 13-5-2016 nos dice "La Sala, (SSTS de 8 abril 2011 y 18 junio 2012) tiene declarado que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. La Sala ha declarado que las terrazas, son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación, Pero ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011, RC 620/2007).» La cubierta del edificio (STS de 24 abril de 2013, Rec. 1883/2010) no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (SSTS de 17 de febrero de 1993, 8 abril de 2011, 18 de junio de 2012, entre otras).

El segundo punto a tener en cuenta es el contenido de las actas de comunidad. Así la Junta General Extraordinaria de 23-3-1976 que exige en su punto 4 que el propietario que quiera proceder al cerramiento de su terraza deberá presentar un Proyecto para su aprobación.

Junta Ordinaria de 28-3-78 que exige al propietario que quiera cerrar la terraza, el permiso de la comunidad.

La de la Junta Extraordinaria de 24-5-90 en la que actor comunica a la comunidad que ha cambiado las llaves de acceso a su terraza y que dará llaves a los propietarios.

La de la Junta de 30-1-1992, en la que el actor comunica que ha instalado un cobertizo.

En la Junta de 10-3-2000 se ponen de manifiesto los problemas de humedades en piso 5º debido al cerramiento de la terraza por el hoy actor, y se propone facilite a los comuneros el acceso para cuarto de poleas, cambio de ubicación de antenas, derecho de vuelo sobre las antenas, cambio de coeficientes.

El actor hace caso omiso, y se le vuelve a requerir en la junta de 18-1-2001

En la junta de 19-6- 2001 actor solicita permiso para solar las terrazas, acordándose que presente un Anteproyecto de Obra para su aprobación en la siguiente Junta.

En septiembre de 2001 un vecino denunció ante la Junta Municipal de Distrito de Chamartín las obras incontestadas y desconocidas por la comunidad ejecutadas por el actor.

A partir de esas fechas se constatan los cerramientos y la ampliación de la zona habitable en la vivienda del actor, según consta en los Informes Técnicos Municipales, con sus indicaciones de legalización y ordenes de demolición, etc., que se tramitan desde 2001, 2006, 2008, 2010 y 2011.

**SEXTO.- Tercer motivo del recurso: valoración de la prueba. (II)**

A la vista de las actas de comunidad reseñadas en el Fundamento Jurídico anterior y de la calificación de las terrazas como elemento común de uso privativo, podemos extraer algunas consecuencias.

La primera, que el obligado al mantenimiento ordinario de las terrazas es el actor que tiene atribuido su uso privativo.

La segunda que el uso exclusivo no es título que permita denegar la autorización de paso, para la reparación y conservación de elementos comunes distintos de las terrazas cuyo mantenimiento y conservación no este atribuida al usuario; antenas, bajantes etc.

La tercera que el uso privativo no significa la apropiación definitiva de superficies agregándolas a la vivienda, de manera que el piso con terraza de uso exclusivo se convierta en un dúplex, con aumento de superficie habitable, con aumento del porcentaje de edificabilidad y sin modificación de la cuota de participación en los elementos comunes.

La cuarta, que la existencia de un cuarto trastero propiedad del actor, según escritura y estatutos, no autoriza a perforar el forjado para instalar una escalera interior que comunique la vivienda con dicho trastero, que actúa como vestíbulo o zaguán de paso entre la azotea de la fachada delantera, la escalera interior, y el cuarto de servicio construido en la azotea del patio interior. Según el Registro de la Propiedad y los estatutos, el trastero tiene acceso por la escalera comunitaria, no por esa escalera interior no descrita en el título.

La quinta que, según el perito de la demandada, las humedades en el piso 5º se deben al taponamiento, de un sumidero de las terrazas que nos ocupan.

La sexta, que el cambio de ubicación de la puerta de acceso a la vivienda en cuanto afecta a los accesos; pasillos y mesetas de desembarco de ascensores, y a los elementos estéticos del interior del edificio, debe ser autorizado por la junta.

De acuerdo con lo expuesto bastaría para confirmar la sentencia de instancia, pero la cuestión merece otras consideraciones adicionales.

**SÉPTIMO.- Motivo cuarto. Las diferentes obras. El consentimiento tácito.**

Para abordar este motivo, conviene recordar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, comenzando por el consentimiento tácito.

*STS 13-3-13STS, Civil sección 1 del 28 de Marzo del 2012, recurso: 349/2009.*

*El consentimiento que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal puede ser tácito, tal y como esta Sala tiene declarado. No obstante el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. En definitiva, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado por esta Sala que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese consentimiento. Por ello deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento (SSTS de 23 de octubre de 2008 RC N° 1332/2003, y 5 de noviembre de 2008 RC N° 1971/2003, de 26 de noviembre de 2010 RC N° 2401/2005. STS, Civil sección 1 del 29 de Febrero del 2012, recurso: 1163/2009.*

Doctrina que ya había citado la STS de 6-3-2013 que además se remite a las sentencias de 12 de diciembre de 2011, RC N° 608/2009; 9 de febrero de 2012, RC N°



970/2009; 9 de febrero de 2012, RC N° 887/2009 y 29 de febrero de 2012, RC N° 1163/2009).

Estas ideas nos llevan a revisar la prueba, y en especial la pericial de actor, que es la única que se refiere a ese extremo, tras la visita pormenorizada a la propiedad del actor. Por la terraza delantera, que es la única construcción en forma de L da como fecha de edificación el año 1964, que es la época de construcción del edificio, y lo apoya en dos razones de ciencia importantes; la antigüedad de los materiales y su forma de consolidación y las fotografías aéreas del Ayuntamiento de esta Villa de 1967.

Las mismas razones da para la terraza trasera en la que describe dos construcciones.

Una, la del que fuera aseo del portero, y otra, una construcción pentagonal datándola en 1992, según los materiales empleados y su constancia en las fotografías aéreas.

En relación con la antigüedad del cerramiento de parte de la terraza delantera, describe su estructura reticular de hormigo y dice que lo único que se ha hecho sobre esa terraza es cambiar la cubierta original anterior a 1992 por otra de hormigón, sustituyendo el cerramiento original de hierro por otro de aluminio y cristal, no estima que haya infracciones urbanísticas por no estar el edificio en zonas protegidas, desprecia la influencia del peso de la losa sobre la estructura, dadas sus dimensiones, data la obra en 1992, y da otra razón. Hay otro cerramiento de terraza similar; en el 3º izquierda pero más amplia. La del 3º izda. está hecha a ras de fachada, y es apreciable desde la calle.

El tejadillo que se refiere el acta es un toldo desmontable, que se desmonta en presencia del informante en 20 minutos.

Según el perito, el cambio de ubicación de la puerta de acceso no supone modificación alguna; se corresponde con la descripción según el Registro de la Propiedad, y guarda sintonía con la disposición de todas las viviendas del lado derecho del edificio.

Sobre esta obra, lo mismo que sobre la de perforación del forjado para instalar la escalera interior, el perito informa que tienen más de 25 años.

Sobre este último aspecto, la opinión del perito es que no tiene trascendencia estructural, dada la forma en que se practicó, y le parece que por la disposición estructural puede considerarse que fue previsto y ejecutado en la fecha de construcción del edificio.

Poco hay que decir sobre lo que fuera vivienda y aseo del portero.

Se trata de una situación de hecho no documentada registralmente, y que todos están conformes con que tiene su origen en la época de construcción. Lo único cierto es que se vincularon al uso de la comunidad, mientras hubo portería, y no parece que la comunidad fuese especialmente rigurosa a la hora de vincularlas y luego desvincularlas.

El hecho cierto es que a la vista, ciencia, paciencia y conciencia de todos, el actor ha usado esas edificaciones como elementos integrantes del uso exclusivo de las terrazas desde que desapareció el servicio de portería, y con la peculiaridad de que lo que fuera aseo del portero era y es elemento privativo.

Desde esta óptica, parece claro que la comunidad nada puede reclamar por el uso de estas edificaciones.

A la vista de lo expuesto parece que hay consentimiento tácito. Algunas de las obras datan de 1964, otras de 1992, los requerimientos municipales son de 2001, posteriormente archivados, y desde la última junta en que se trata el tema, también en 2001, hasta el acuerdo impugnado de 7-6-2017 han pasado 16 años sin que la comunidad hiciera nada

#### **OCTAVO.- El abuso de derecho**

La STS de 6-3-2013 lo caracteriza del siguiente modo:

Según SSTs de 1 de febrero de 2006, RC n.º 1820/2000, 12 de diciembre de 2011, RC n.º 608/2009 y 9 de febrero de 2012, RC n.º 887/2009, entre otras, la doctrina del abuso



*de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo). En materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma. En definitiva la actuación calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no ha de ser legítima.*

A la luz de estas ideas hemos examinado los hechos, y creemos que el acuerdo impugnado excede de los límites del ejercicio normal del derecho.

Entre líneas puede verse un enfrentamiento entre los miembros de la comunidad por el uso de las terrazas, que surge después de que en 1978 desapareciera la vivienda del portero. Frente a las pretensiones de uso de los comuneros, y el actor reivindica su derecho a mantener su uso exclusivo y excluyente; son elementos comunes de uso privativo, y no tiene por qué dar a cada uno de los comuneros una llave para entrar en ellas.; forman parte de su vivienda, y está facultado para proteger su intimidad, sin perjuicio de su obligación de franquear el paso cuando sea necesario para la reparación de los elementos comunes

Las obras más antiguas son de 1964, otras más modernas son de 1992 y otras; las últimas, de 2001 y frente a esa antigüedad, solo en 2017 la comunidad toma el acuerdo de pedir la reposición a su estado original, olvidando que en el piso 3º se ha incorporado la terraza a la vivienda.

En esas circunstancias y sin que pueda deducirse un daño a la comunidad por el mantenimiento de las obras del actor, hechas desde hace 16 años parece que el acuerdo impugnado entra en los límites del abuso del derecho.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

### **FALLAMOS**

**ESTIMAMOS** el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de **D.** , contra la sentencia dictada, por el juzgado de 1ª Instancia Nº 87 de los de esta Villa, en sus autos de fecha veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.

**REVOCAMOS** dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

**1º.- ESTIMAMOS** la demanda formulada por la representación procesal de **D** , contra la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE** de esta Ciudad.

**2º.- DECLARAMOS NULO** el acuerdo del punto primero del orden del día, de la Junta General Ordinaria de propietarios celebrada el siete de junio de dos mil diecisiete.





**3º.- IMPONEMOS** al demandado las costas de 1ª Instancia, y **NO HACEMOS** expresa condena en las causadas en esta alzada.

La estimación 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 IMPUGNACION:** 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 Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: «**2649-0000-00-0056-19**» excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

