



Roj: **SAP AL 791/2013 - ECLI:ES:APAL:2013:791**

Id Cendoj: **04013370022013100378**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **2**

Fecha: **30/09/2013**

Nº de Recurso: **200/2012**

Nº de Resolución: **199/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA CONTRERAS APARICIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA NUM. 199

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JUAN RUIZ RICO RUIZ MORON

MAGISTRADOS

D. JOSÉ MARÍA CONTRERAS APARICIO

D. MANUEL ESPINOSA LABELLA

=====

En la Ciudad de Almería, a 30 de Septiembre de dos mil trece.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, ha visto en grado de apelación, **Rollo número 200/2012**, los autos procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Vera (Almería), seguidos con el número 1400 de 2009, sobre Procedimiento Ordinario entre partes, de una como apelantes, **D. Fidel y D. Jon**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Martínez Ruiz y dirigida por el Letrado D. Pedro J. León López y, de otra como apelada, a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María del Rosario Silva Muñoz y dirigida por el Letrado D. **Julio Durán Araguás**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Vera, en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 29 de **Julio** de 2011, cuyo Fallo dispone: "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por el Sr. Procurador Martínez Ruiz en nombre y representación de don Fidel contra la Comunidad de Propietarios Edificio DIRECCION000 que intervino representada por la Sra. Procuradora Dª. María del Rosario Silva Muñoz, ABSUELVO a la misma de las pretensiones solicitadas por la demandante; todo ello con imposición de las costas a la parte actora.

Que estimando íntegramente la reconvenición planteada por la Sra. Procuradora Dª María del Rosario Silva Muñoz, en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios DIRECCION000 contra don Fidel y don Jon representados por el Sr. Procurador d. Juan Martínez Ruiz, debo condenar y condeno a dicha reconvenida, con imposición a la misma de las costas causadas, a que:

Don Fidel retire el aparato de aire acondicionado ubicado sobre el casetón del ascensor, de la primera escalera, que constituye parte de la cubierta general del edificio de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 , NUM000 , DIRECCION000 , de Garrucha, Almería, reponiendo todos los elementos comunes alterados por dicha instalación a su ser y estado iniciales.

Don Fidel y don Jon retiren los aparatos de salida de humos ubicados sobre el casetón del ascensor, de la segunda escalera, que constituye parte de la cubierta general del edificio de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 , NUM000 , Edificio DIRECCION000 , de Garrucha, Almería, reponiendo todos los elementos comunes alterados por dicha instalación a su ser y estado iniciales..."

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de D. Fidel y D. Jon , se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, acordándose tenerlo por preparado y concediéndosele el plazo de 20 días para interponerlo, lo que realizó, solicitando la representación de la apelante se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se revoque la sentencia de instancia, dictando otra de conformidad con lo solicitado.

Concedidos 10 días a otra parte para que se opusiera a dicho recurso e impugnara la sentencia en lo que le resultare desfavorable, por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , se evacuó el traslado oponiéndose al recurso interpuesto por la otra parte, solicitando su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

Elevados los autos a esta Audiencia y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para votación y fallo que tuvo lugar el día 2 de **Julio** de 2013.

CUARTO.- Se han seguido las prescripciones legales en la presente alzada, salvo para dictar sentencia por existir asuntos de carácter preferente.

Y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MARÍA CONTRERAS APARICIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se aceptan los de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La demanda deducida en la anterior instancia por D. Fidel frente a la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 , a la que fue unida la reconvenicional interpuesta por dicha Comunidad frente a D. Jon , versaba sobre la solicitud de declaración de nulidad de acuerdos adoptados en Junta de Propietarios celebrada el día 28 de **julio** de 2.009 por el que la citada Comunidad, por mayoría, no daba lugar a la autorización para la instalación llevada a cabo por el mismos en las zonas comunes por la instalación de una tubería o conducto de evacuación de humos del referido local. La juez "a quo" dictó sentencia rechazando la pretensión de las parte actora, siendo ahora impugnada tal resolución por la vía del recurso de apelación por parte de los demandado en la primera instancia, por el que solicita la revocación del Fallo de dicha resolución, y el dictado de nueva sentencia desestimatoria de la anterior demanda.

Al recurso se opone la apelada, la que mantiene la procedencia del fallo recurrido

TERCERO .- En el escrito de apelación, a través de los distintos apartados, los recurrentes se oponen a la sentencia dictada en la anterior instancia, por entender que los apartados alusivos a la posibilidad de instalar en ellos los aparatos de aire acondicionado o similares, con salidas a patios, terrazas, o partes comunes y que no sean visibles desde la fachada principal, permiten, en contra de la interpretación que de ellos llevó a cabo la anterior juzgadora, la instalación de un gran tubo a lo largo de la fachada interior del edificio para la evacuación de humos procedentes de los negocios de hostelería instalados en los locales comerciales sitos en los bajos del edificio. Por el contrario, la Comunidad de propietarios consideró que suponía la alteración del elemento común, con las incomodidades que producían, dado que en esa zona están los dormitorios, con los riesgos inherentes que tal instalación supone, sin que además, se hubiera otorgada la preceptiva autorización por la Junta de Copropietarios del Edificio.

CUARTO .- En lo que se refiere al primero de los motivos el Acuerdo impugnado de contrario éste no es nulo, en cuanto que la comunidad de propietarios no estaba limitando el uso del local a la parte demandante, sino que, actuando dentro de sus facultades, ella era la única competente para autorizar o no el uso de elementos comunes, o en su caso la constitución de una servidumbre a favor del propietario de alguno de los locales sobre elementos comunes del inmueble. De tal manera, la facultad que recoge y atribuye a los propietarios de los locales comerciales la actual regulación de la Comunidad, está limitada y sometida a la necesaria autorización de la mencionada comunidad de propietarios para constituir una servidumbre de salida de humos a favor del propietario del local comercial en cuestión, siendo en base a lo dispuesto en los art. 11 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal que al no estar recogida ni constituida tal servidumbre en el título constitutivo de la comunidad, dicha autorización debe considerarse preceptiva.

Como ya decíamos en nuestra sentencia dictada el día 15 de julio de 2.005 , en similar supuesto, es lo cierto que la Comunidad demandada estaba actuando dentro de sus facultades legales en cuanto que, a la vista de la prueba practicada, se desprende que el acuerdo adoptado por parte de dicha Comunidad de Propietarios en modo alguno afecta al título constitutivo en cuanto que no estaba limitando o definiendo el uso a que pueden ser destinados los locales comerciales, sino por el contrario, lo que estaba haciendo era reclamar que el uso de los elementos comunes se hicieran con arreglo a sus destino, por lo que la oposición mayoritaria de los copropietarios adoptado en Junta de Comunidad a la instalación de la repetida chimenea de evacuación de humos e instalación de aparatos de aire acondicionado no implicaba que la Comunidad privara a los propietarios del local de dar el destino a los locales comerciales que estimaran oportunos, sino que no cabía imponer sobre los elementos comunes una servidumbre a favor del propietario del local cuando la misma no aparece recogida expresamente en los estatutos. Siendo evidente que, en el presente supuesto la comunidad al obrar en uso de sus facultades y derecho no incurrió en tal uso abusivo del derecho, desde el momento en que si el art. 7 del mismo texto de la LPH permite al propietario modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios cuando no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario... añade que "en el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna".

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, es constante en que la construcción de una chimenea en elemento comunitario para la extracción de humos a favor de tan solo un único propietario no es equiparable a una mejora general, como pudiera acontecer con la instalación de un ascensor, lo que requiere la preceptiva autorización de la asamblea de la comunidad de propietarios. En tal sentido pueden citarse las STS de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1986, 15 de noviembre de 1986, 16 de marzo de 1987, 26 de marzo de 1990, 30 de julio de 1991, 17 de Junio de 1.993, 10 de abril de 1995, 6 de octubre de 1997 y 13 de junio de 1998, entre otras.

QUINTO .- De otro lado hemos de mantener que no existe abuso de derecho en la pretensión de la Comunidad al negarse a dar autorización al demandante, titular del local comercial para la instalación de la repetida chimenea de evacuación de humos, en cuanto no concurren los elementos esenciales que lo definen, esto es:

1º) Uso de un derecho objetivo y externamente legal.

2º) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

3º) Inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva, requisitos exigidos en STS de 28 de noviembre de 1967 , 5 de junio de 1972 y 3 de enero de 1992 .

No puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizada por precepto legal, STS de 28 de abril de 1976 y 14 de julio de 1992 , entre otras. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), como dice la sentencia de 30 de mayo de 1998 .

Partiendo de esta concepción y características del abuso de derecho no puede entenderse que la Comunidad de Propietarios, por no haber otorgado el acuerdo a las instalaciones pretendidas, oponiéndose a la instalación de la chimenea de extracción de humos y de los máquinas de aire acondicionado en el pecho del casetón del ascensor, sobre un elemento común, estuviera ejercitado de forma abusiva su derecho sino que, en cumplimiento de las facultades y competencias de la propia comunidad, se pretende el respeto a los elementos comunes, sin que dicha interpretación en modo alguno contradiga la doctrina recogida entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 1997 , puesto que si bien es necesario el ejercicio social de los derechos, y que éstos no sobrepasen sus límites con perjuicios para terceros, no puede en este sentido catalogarse como abusivo el que la comunidad de propietarios adopte los acuerdos necesarios para la conservación y mantenimiento de los elementos comunes, impidiendo que puedan realizarse por los propietarios actos o uso sobre los mismos no autorizados ni por la Ley, ni por los estatutos. La comunidad de propietarios no limita el uso de los locales comerciales, sino que dicha limitación viene dada por la falta de los requisitos e instalaciones propias del local que puedan exigir las ordenanzas municipales, cual puede suceder en determinadas actividades, como es el de destinar el local a actividad de bar-restauranten necesiten una salida de humos, pero ello en modo alguno puede implicar que la comunidad de forma necesaria, y sin constar dicha previsión en los estatutos deba soportar la constitución de servidumbre sobre elemento común.

No solo se trata de instalaciones incontestadas, la de evacuación de humos a través de una zona común, así como instalación del aire acondicionado en la forma llevada a cabo, sin el previo consentimiento de las mismas - la instalación anteriormente existente tampoco consta que fuera autorizada, - si bien la propia Comunidad concreta la reclamación a que se retire el aparato de aire acondicionado ubicado en el casetón del ascensor y a retirar los aparatos de salida de humos ubicados, igualmente sobre el casetón del ascensor, reponiendo los elementos comunes a su estado inicial, alterado por tales instalaciones. Por ello, la anterior juzgadora

acertadamente consideró, tras la valoración de la prueba, que no existía autorización previa requerida por la Ley para tal uso de los elementos comunes y que la Comisión formada por parte de los vecinos para estudiar la cuestión, doc. nº 3 de los acompañantes a la demanda, no podía surtir los efectos que pretende la recurrente, en cuanto que solo la Junta de Copropietarios es la única con atribuciones para adoptar tal acuerdo, imprescindible para la requerida autorización, que implicaba, de otro lado la oposición a la constitución de una servidumbre sobre dichos elementos comunes.

La íntegra desestimación de la demanda en la sentencia que se confirma, determina la desestimación de la peticiones subsidiarias, en cuanto se opondrían a lo antes resuelto.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , condenamos a los recurrentes al pago de las costas procesales causadas en la alzada.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido por la representación procesal de D. Fidel y D. Jon , contra la sentencia dictada con fecha 29 de **julio** de 2.011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Dos de los de Vera, Almería , en los autos de Procedimiento Ordinario 1.400/2.009, sobre acción de Impugnación de Acuerdos de Junta de Copropietarios de Propiedad Horizontal, de los que deriva la presente alzada, debemos **CONFIRMAR Y CONFORMAMOS** el fallo de la citada sentencia, y ello con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte actora.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en el mismo día de su fecha, estando este Tribunal constituido en Audiencia Pública. **CERTIFICO** .