



Roj: **SAP GR 554/2021 - ECLI:ES:APGR:2021:554**

Id Cendoj: **18087370042021100042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **19/02/2021**

Nº de Recurso: **322/2020**

Nº de Resolución: **47/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO GALLO ERENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

0

(Rollo 322/20)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCION CUARTA

ROLLO Nº 322/20

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE GRANADA

AUTOS DE JUICIO ORDINARIO Nº 1272/18

PONENTE D. ANTONIO GALLO ERENA

**SENTENCIA NÚM 47**

**ILTMOS. SEÑORES:**

**PRESIDENTE**

D. ANTONIO GALLO ERENA

**MAGISTRADOS**

D. JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO RUIZ

D. ANTONIO PASTOR SÁNCHEZ

=====

En la Ciudad de Granada a diecinueve de febrero de dos mil veintiuno. La Sección Cuarta de esta Itma. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de apelación los precedentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Granada, en virtud de demanda de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 DE SIERRA NEVADA, representado/a en esta alzada por el/la Procurador/a/ D/Dª Olga Ávila Prat y defendido/a por el/la Letrado/a D/Dª Mª del Amor Álvarez Navarro, contra D. Dª Amparo y D. Nemesio , representados en esta segunda instancia por el/la Procurador/a/ D/Dª Mª Isabel Serrano Peñuela y defendidos por el/la Letrado/a D/Dª Isabel Fernández-Gil Viega.

Aceptando como relación los "Antecedentes de Hecho" de la sentencia apelada, y

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La referida sentencia, fechada en 30 de junio de 2020, contiene, literalmente, el siguiente fallo: "*Estimar íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000 DE SIERRA NEVADA, frente a don Nemesio y doña Amparo , y en su virtud:*



1º) Declaro que las obras ejecutadas por los demandados sin la preceptiva autorización de la Junta de propietarios, con base en una terraza que hace las veces de cubierta del edificio, consistente en la construcción que cierra parte de la terraza con acceso desde el apartamento núm. NUM000 para ampliar su vivienda, alteran y afectan a los elementos comunes de la Comunidad de Propietarios demandante, en concreto la fachada, cubiertas y terraza, alterando el título constitutivo, y en consecuencia

2º) Condeno a los demandados a la restitución de la cosa común a la Comunidad de propietarios actora, para lo cual habrán de retirar a su costa lo construido volviendo todo a su primitivo estado, con expresa condena al pago de las costas procesales.

Las costas de esta instancia se imponen a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Sustanciado y seguido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se dio traslado a las demás partes para su oposición o impugnación; elevándose posteriormente las actuaciones a éste Tribunal señalándose día y hora para Votación y Fallo.

**TERCERO.-** Han sido observadas las prescripciones legales de trámite. Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. Antonio Gallo Erena.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alega en fundamento del recurso error en la valoración de la prueba que determina equivocada conclusión de la sentencia, que viene a vulnerar la doctrina jurisprudencial del TS sobre el consentimiento tácito y actos propios mantenidos por la Comunidad durante 27 años. Así se deriva de la documental de las actas de Juntas a que se refiere, y testifical que pone de manifiesto que las obras que han existido desde la construcción del edificio antes de la constitución de la Comunidad y consentidas por esta hasta la Junta de 29-11-2017, lo que debió determinar la desestimación de la demanda.

**SEGUNDO.-** En nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una -revisio prioris instantiae-, en la que el Tribunal Superior u órgano -ad quem- tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (-quaestio facti-) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (- quaestio iuris-), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, no obstante ello la revisión de los hechos y valoración probatoria debe sustentarse en la realidad de la concurrencia de error que resulte patente.

Los preceptos relativos a apreciación de las pruebas practicadas no contienen reglas valorativas sino admoniciones a los Jueces y una remisión a la sana crítica y al buen sentido. Las reglas de la sana crítica se definen bien como las del raciocinio lógico ( SSTS, 24 de enero de 2013 y 18 de diciembre de 2013), como "normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia" ( SSTS, 5 de febrero de 2013 y 20 de mayo de 2013), o bien como "las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los criterios generalmente aceptados por la ciencia" ( SSTS, 28 de diciembre de 2007 y 3 de marzo de 2008). Tradicionalmente se han definido por la doctrina como las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia, que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior. Son reglas no jurídicas, en cuanto no se hallan codificadas, ni recogidas en texto positivo alguno.

La LEC al referirse a la motivación de las sentencias, en el apartado 2º del artículo 218, dice: "*La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón*".

Este deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales ( art. 120.3 CE) no se agota por tanto con la observancia de las reglas jurídicas, sino que debe ajustarse también las de la lógica y la razón que se extiende tanto al juicio de hecho cuanto al de derecho. No obstante debe tenerse en cuenta, como ha afirmado el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de noviembre de 2010 que esta exigencia debe entenderse referida a la exposición argumentativa del Tribunal.

Todo ello comporta la necesidad de expresar el contexto de la justificación en base a reglas también no jurídicas, teniendo en cuenta normas derivadas no solo de la lógica, sino también de la experiencia y de la ciencia. La inclusión en el precepto del término "razón", pone de manifiesto que la motivación no se agota en la lógica, marcando el límite a partir del cual -lo irrazonable- se permite la revisión de la valoración probatoria.

**TERCERO.-** En el supuesto de autos entendemos que la propia sentencia, en su fundamento segundo, ya concluye razonablemente en base a cuanto recoge en los diversos apartados del mismo, que la obra ahora discutida, que supuso la ocupación parcial de lo que en el proyecto era terraza del apartamento NUM000 de la planta NUM001 del edificio, fue ejecutada durante la construcción del mismo a finales del año 1990.



Efectivamente, ello deriva de la prueba practicada en su conjunto, documental en relación con testifical de la Presidenta de la Comunidad y periciales de una y otra parte, valorado todo ello en su conjunto.

Por lo tanto debemos partir de que estas obras fueron realizadas a la vez que el edificio por la constructora del mismo y por encargo de la promotora, sin perjuicio de que quien asumiese el coste fuesen los compradores del apartamento a los que se les vende así en construcción y aun no se les había entregado.

Después de terminado el edificio con la terraza incorporada es cuando se firma escritura de acta de terminación de obra el día 17-12-1990, habiendo permanecido todo ello invariable desde entonces.

Por otro lado, la Comunidad que se constituyó el 15-10-1991, no consta que haya realizado actuación alguna en oposición a dicha obra hasta lo acordado en la Junta de 29 de noviembre de 2017, donde se acuerda la interposición de este procedimiento.

Es evidente que la Comunidad conocía que ya cuando se constituyó, el apartamento de autos se encontraba con la parte de terraza incorporada como sigue ahora. De todo ello ha sido consciente la Comunidad que ha consentido durante todo este tiempo la situación sin duda especial, cuando la parte de la terraza ocupada, como zona común solo ha existido en los planos iniciales .

Todo ello entendemos explica la inacción de la Comunidad durante más de 27 años hasta la Junta celebrada el 29-11-2017, en la que a instancia de propietario de otro apartamento afectado por acuerdo de la misma que le obligaba al derribo de obras realizadas en otra terraza, y que insistió en que se adoptase la misma medida para todos, entre otros el apartamento de autos, se adoptó el acuerdo que sustenta la acción de autos.

**CUARTO.-** Expresaba el TS en sentencia de 29-2-2012, que, "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.º 1332/2003 (RJ 2008, 5788) ] y 5 de noviembre de 2008 [RC n.º 1971/2003 (RJ 2008, 5897) ] 26 de noviembre de 2010 [RC n.º 2401/2005 (RJ 2011, 1314) ])."

En este sentido dicho mismo Tribunal en sentenciad de 5-11-2008 decía: "Evidente que la reglamentación negocial de interés pueda exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes <<facta concludentia>> y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo dé a conocer sin asomos de duda, de suerte que <<el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación>> ( STS de 24 de mayo de 1975 [RJ 1975, 2621] y la misma doctrina en la de 24 de enero de 1965 SIC [RJ 1965, 262]), ( STS de 26 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2822])".

De esta manera en relación a cuestiones como la de autos, es doctrina del TS, entre otras, en las Sentencias de 23 de julio de 2004 ( RJ 2004, 4697), 13 de julio de 1995 (RJ 1995, 5963) y 16 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7829), la que expresa que equivale a un consentimiento tácito de la Comunidad de Propietarios el conocimiento de la realización de obras cuando estas han sido conocidas y toleradas durante largo tiempo.

Así en la sentencia de 16-7-2009 se expresa en relación a unas obras realizadas en elemento común, que si bien el conocimiento no equivale a consentimiento, cabe interpretar como tal la inactividad de la Comunidad de Propietarios y de los propios integrantes de la Comunidad cuando, conocedores de la realización de obras, se han mantenido en silencio durante un largo periodo de tiempo. Expresando literalmente más adelante, "lo cierto es que, en verdad, el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación, en este caso el cerramiento del patio por parte del demandado, sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera manifestado impugnación alguna pese a su notoriedad, como efectivamente así ha sucedido en el caso que se examina".

Por otro lado, la doctrina de los actos propios viene siendo definida en STS de 15-2-88, 9-10-81, 25-1-83 y 16-6-84 como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros ( sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1997). Asimismo, y abunda la jurisprudencia ( sentencias de 5 de octubre de 1987, 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, y 12 y 13 de



abril y 20 de mayo de 1993, entre otras muchas), la de que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, de manera que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1999, 16 de febrero de 1998 y 7-5-2001.

Por todo ello en relación a lo expuesto en el fundamento tercero, debemos concluir que asiste la razón a la parte apelante en cuanto alega en el escrito de recurso sobre actos propios que evidencian consentimiento tácito de la Comunidad sobre las obras de autos, mantenido durante todos estos años consciente de la especiales circunstancias ya antes referidas, y que ha sido modificado en dicha última Junta, lo que hace que la demanda no pueda prosperar.

**QUINTO.-** Derivado de cuanto antecede el recurso debe ser estimado y con ello desestimada la demanda, condenándose a la actora al pago de las costas de la 1ª Instancia sin que proceda condena en las de esta alzada ( Arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

### FALLAMOS

Que estimando el recurso revocamos la resolución apelada y en su lugar desestimamos la demanda absolviéndose de la misma a los demandados, condenándose a la parte actora al pago de las costas de la 1ª Instancia sin que proceda condena en las del recurso.

Procédase a la devolución del depósito.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, por interés casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación.

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