

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE SANTANDER

D^a ■■■■■■■■■■■■ Procurador de los Tribunales, en representación D^a. ■■■■■■■■■■■■, en su nombre y representación de la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ■■■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■■■ de la que es presidente**, según acredito mediante copia fehaciente de la escritura de apoderamiento que acompaño para su unión a los autos por copia testimoniada con devolución de aquella (**DOCUMENTO N° 1**), con la asistencia letrada del **Abogado D. ■■■■■■■■■■■■**, n° de colegiado ■■■■■■■■■■■■, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que en la representación que ostento y según sus instrucciones, formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra la compañía española ■■■■■■■■■■■■** con domicilio en ■■■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■■■ puede ser citada en la persona de su representante legal, a fin de que, previos los trámites correspondientes, se dicte sentencia estimatoria de los pedimentos del suplico, en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- D^a. ■■■■■■■■■■■■ es dueña en pleno dominio de la vivienda sita en el piso cuarto del edificio no ■■■■■■■■■■■■, según acredito con nota simple informativa de dominio expedida por el Registrador de la Propiedad de Santander (**DOCUMENTO N° 2**). Es además presidenta de la comunidad de este edificio, cargo que viene desempeñando desde hace años y en el que fue renovada en el punto 7° de la Junta de 06.11..2009 y en la de 11.03.2011 .

La sociedad demandada es propietaria del local sito en el bajo del edificio, con

acceso directo desde la calle, que tiene la siguiente descripción según el Registro:

URBANA: Planta baja y patio de la casa número treinta de la calle [REDACTED], ocupa dicho local una superficie construida de doscientos cuarenta y seis metros cuadrados, que linda: Sur, en línea de seis metros, [REDACTED]; Norte, en línea de nueve metros ochenta y ocho centímetros [REDACTED] [REDACTED]; Este, en línea con el edificio de la [REDACTED] y edificio de la [REDACTED] [REDACTED], con una longitud de veintisiete metros treinta y un centímetros; y al Oeste, edificio [REDACTED] [REDACTED], en una longitud de veintisiete metros treinta y un centímetros.

SEGUNDO.- Dado que la comunidad de propietarios del edificio [REDACTED] [REDACTED] no tiene establecidos porcentajes o cuotas de participación fue por lo que en la Junta General Extraordinaria de 19.07.2006 (punto segundo: Fijación de porcentajes) se acordó por unanimidad "encargar a perito o persona adecuada el estudio de una propuesta en este sentido (ver también acuerdo acta 26 de Enero 2006)".

A su vez en la Junta General Ordinaria de 13.12.2007, en el apartado de propuestas, ruegos y preguntas (punto 6º) se acordó dar los pasos necesarios tendentes a la fijación de de los diferentes porcentajes que han de gravar a cada uno de los locales que componen la comunidad, al objeto de una posterior aprobación y entrada en vigor.

Acompaño en este momento copia íntegra del libro de actas (**DOCUMENTO N° 2 BIS**)

TERCERO.- En la **Junta General Extraordinaria de 06.11.2009**, con la **asistencia de todos los propietarios** de los diversos departamentos del edificio, al **punto primero se analiza el documento remitido a todos los citados, sobre 'Proyecto de Cuotas de Participación de la Comunidad'**, y que resuelta **ser aprobado por unanimidad**. Se acompaña dicho Proyecto como **DOCUMENTO N° 3**, en el que se recopilan documentos y fuentes, se establecen las bases de calculo y se fijan las cuotas de participación de cada departamento y el porcentaje en los elemento comunes, como patios, vuelos etc.

Sin embargo **terminado y concluido con aquel acuerdo el objeto del punto 1º antecedente** al pasar a **abordarse el punto 2º**:

"al tratar el asunto "Casetón construido sobre el patio comunitario" sin permiso municipal ni de la Comunidad de Propietarios, surge la controversia. Todos los asistentes piensan que los vuelos del patio comunitario son propiedad de todos los condueños, a excepción de los propietarios del Local Bajo, que lo consideran de su única propiedad.

*Ante esto, **la propiedad del Local Bajo manifiesta no aprobar las cuotas a que se refiere el punto primero***

El resto de los copropietarios acuerdan por unanimidad promover un pleito frente a la propiedad del local bajo con objeto de que:

a) se declare la validez de las cuotas a que se refiere el punto primero o se aprueben las mismas y

b) para que se declare la propiedad de la comunidad sobre los vuelos sitos por encima del local del patio como elemento común

Queda facultada la presidenta para, con estos fines otorgar poderes a procuradores y abogados.

Se acompaña como **DOCUMENTO N° 4** la citación con el orden del día, donde se recoge que:

*Punto 1) del orden del día.- Estudio y aprobación en su caso del proyecto de cuotas de participación en la comunidad (**porcentaje de locales y pisos en gastos generales y gastos de escalera así como en el solar y vuelos del tejado y patio comunitario**) elaborado por el abogado D. [REDACTED]*

Punto 2) del orden del día.- Asunto Casetón construido sobre el patio comunitario, sin permiso municipal ni de la comunidad, así como colocación en la tarde del día 14 de Agosto de 2009, por la empresa [REDACTED] domiciliada en [REDACTED] de una mampara para que no se vea dicho casetón desde la [REDACTED].

A su vez manifiesto que en la de Junta de 11.03.2011 se amplían facultades para que se demande también la retirada y/o demolición del casetón

CUARTO.- Por lo que respecta a esta cuestión del casetón construido por la demandada sobre la cubierta del local de su propiedad sin permiso del resto de propietarios de edificio, parece evidente que carece de toda facultad para ello, ya que afecta y altera los elementos comunes, así como invade un derecho que no le pertenece privativamente, pues su propiedad no se extiende a los vuelos del patio bajo

el que se encuentra el local de su propiedad como es de ver en la **historia registral de la finca**, que acompaño por certificación del Sr. Registrador como **DOCUMENTO N°5**, donde además de recogerse que la inscripción de dominio vigente es la 2ª de la [REDACTED] a favor de la demandada, puede comprobarse que:

1.- en la inscripción 1ª de fecha 23.12.1942, (Herencia) de la finca [REDACTED], en la que se describe el edificio la casa con su patio propio al Norte constituyen una única finca:

(folio 193) Urbana: Casa en la [REDACTED] de esta ciudad de Santander, señalada con el número [REDACTED] antiguo y [REDACTED] compuesta de planta baja, cuatro pisos y dos buhardillas, **con un patio propio al Norte comunicado por el interior; linda"**

(folio 194. tres últimas líneas) "...se adjudica esta finca.... del modo siguiente: A Don [REDACTED], la planta baja y patio, ..."

2.- en la inscripción 3ª, de fecha 10.03.1943 (Compra) de la finca [REDACTED] consta:

[REDACTED] La planta baja y patio de la casa numero [REDACTED] de la calle de [REDACTED] Don [REDACTED] ... la vende a Don [REDACTED] ... El transmitente se reserva el derecho de construir en el citado patio un edificio para vivienda, de la altura y dimensiones que consientan las ordenanzas municipales y disposiciones en vigor en materia sanitaria, con anuencia del derribando previamente el de solo planta baja que el comprador levantó señor [REDACTED]. Si tal derecho se ejercita, el comprador Don [REDACTED] hará suya [REDACTED] la planta baja del mismo edificio, sin desembolso alguno, y podrá adquirir por precio de costo el primer piso, conservando Don [REDACTED] el resto de la edificación. El adquirente podrá también transmitir a un tercero el expresado derecho, pero el vendedor o las personas que le sucedan tendrán en la primera enajenación los de tanteo y retracto, para subrogarse en el lugar del que intente adquirir o haya adquirido el piso primero en cuestión. **Para que esta facultad pueda ejercitarse, el dueño habrá de notificar con veinte días de antelación al señor [REDACTED] o sus herederos su propósito de transmitir;** y si el plazo transcurre sin aceptación por los favorecidos con tal derecho, podrá Don [REDACTED] enajenar al tercero a reserva del de retracto y nunca por precio inferior al notificado. ... En su virtud **inscribo la planta baja y patio de esta casa a favor de Don [REDACTED] por título de compraventa en los términos relacionados**

Resulta por tanto evidente que el único derecho de la demandada sería, si estuviese vigente y no prescrito, el de adquirir un piso caso de sobreedificación por quien lo vendió al causante de la demandada, la cual por tanto no ostenta ningún

derecho a levantar construcción alguna sobre los vuelos del patio, ya que afecta y altera elementos que son comunes por su propia definición para lo que precisaría en todo caso la unanimidad de todos los condueños.

QUINTO.- Hacemos constar a su vez que tal ilegalidad se trató se corregir en vía administrativa, mediante la correspondiente denuncia al Ayuntamiento, y que si bien en un primer momento provocó el dictado del correspondiente decreto municipal ordenando su retirada y con expresa mención de la imposibilidad de legalización, sin embargo posteriormente y a pesar de haber ganado firmeza aquel Decreto, se ha permitido su legalización urbanística, mediante la colocación por orden de la demandada de una pantalla sobre el patio, que impide la visión del casetón (cuya función es acoger en su interior las instalaciones-motor del sistema de aire acondicionado establecido por la demandada en servicio de su local de la planta baja).

De tal expediente administrativo acompañamos algunos particulares ilustrativos como **DOCUMENTO N° 6**, incluyendo la ultima Resolución de 03.03.2010 disponiendo el archivo del expediente, y entre los que se incluye la obra ilegalmente realizada sobre el local del patio.

Y como **DOCUMENTO N° 7** acta notarial de presencia sobre el anterior estado del patio previo a la obra de la demandada.

SEXTO.- A efectos de prueba y para en su día, cito los archivos del Registro de la Propiedad de Santander, Servicios de Urbanismo y de Obras del Ayuntamiento, los de la comunidad de propietarios [REDACTED], y en general cuantos otros fueran precisos, públicos o privados, para aportar datos o documentos de interés para la resolución de este litigio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- CAPACIDAD DE LAS PARTES.- La tienen ambas partes conforme a artículos 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REPRESENTACIÓN. Mi mandante está debidamente representada por el que suscribe en base al artículo 23.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y defendido por Abogado, conforme al artículo 3 1.1 del mismo texto legal.

II. JURISDICCION Y COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL.-
La jurisdicción corresponde a este orden jurisdiccional civil conforme al número 1 y 2 del artículo 9 en relación con el número 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y la competencia corresponde a los Juzgados de 1ª Instancia de esta ciudad en base a tratarse de acciones de la propiedad horizontal de un edificio radicante en Santander, donde además tienen su domicilio actora y demandado.
Arts. 45 y 52.1-8ºLEC

III- CUANTIA.- Por lo expuesto, la cuantía de esta demanda es **indeterminada**, ya que su objeto principal no es evaluable, a saber: declarar la correcta aprobación de un acuerdo (o subsidiariamente apruebe el Jª. la asignación de las cuotas), y declarar que el vuelo del patio es elemento común; todo con todas sus consecuencias jurídicas.

CLASE DE JUICIO O PROCEDIMIENTO.- Corresponde el **ordinario en razón de la materia** (propiedad horizontal), en base al artículo 249.1-8º LEC

IV.- FUNDAMENTOS DE CARÁCTER MATERIAL / FONDO DEL ASUNTO.- Según la LPH. Art. 1. (Texto modificado por la Ley 8199, de 6 de abril): La presente Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad

establecida en el artículo 396 del Código Civil, que se denomina propiedad horizontal.

Y según el Art. 2..b Esta Ley será de aplicación: b. A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

Art.396. del CC: Los diferentes pisos o locales de un edificio ó las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o ala vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores: el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos, las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo, las servidumbres y cualesquiera elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las modificaciones introducidas en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria por los artículos 1 y 2 de la Ley 4911960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, permanecen en vigor con su redacción actual.

A) EN LO REFERENTE AL ACUERDO DE APROBACION DE CUOTAS Y PORCENTAJES DEL EDIFICIO. Es relevante resaltar el hecho de que la demandada votó primero a favor de la aprobación del proyecto de cuotas de la comunidad y porcentaje de locales y pisos en gastos generales y gastos de escalera así como en el solar y vuelos del tejado y patio comunitario –asunto tratado en el primer punto del orden del día de la Junta de 06.11.2009-; y concluido dicho punto, al tratarse el segundo y con motivo de no estar de acuerdo con el resto de condueños sobre la propiedad de los vuelos del patio, la demandada, en claro abuso de derecho y en contra de sus propios actos, se retractó y dijo "no aprobar" aquellas cuotas que se sometieron a decisión en punto y momento anterior ya concluido.

Es por ello que, en cumplimiento de lo acordado y para evitar controversias, se formula esta demanda cuyo primer objeto es que, tal como la comunidad acordó, se declare la validez del acuerdo por el que se fijaron las cuotas, o alternativamente se aprueben las mismas por S. S^a al ser la oposición de la demandada un abuso de derecho que, además de tardío, no tiene otra razón de ser que los demás propietarios no estén conformes con ella sobre la propiedad del vuelo del patio.

Según el Art. 5 LPH entre las formas de fijar la cuota de participación que corresponde a cada piso o local figuran la de por acuerdo de todos los propietarios existentes, y también por laudo o por resolución judicial. Y para su fijación se toma como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. Sobre estas premisas y superados en equidad

los condicionantes que pudieran darse, se elaboró el proyecto de establecimiento de cuotas, que también aprobó la demandada por estar conforme, aunque en el siguiente punto del orden del día y por motivos ajenos al anterior quisiera retractarse.

B) Por lo que respecta al asunto de los VUELOS DEL PATIO, el art.7.1 LPH dice que el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

Por su parte el Art. 9.1. entre las obligaciones de cada propietario señala: a.) Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos.

Según el Art. 12. La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo.

La demandada, tras haber construido sobre el patio común un casetón para equipo de aire acondicionado de su local y sin haber dado previa cuenta a nadie, se quiere amparar en el derecho de su causante de adquirir un piso si el titular original sobreedifica, pero ello no le da ninguna facultad a ocupar el vuelo ni hacerlo exclusivamente suyo, Al no haberse hecho uso del derecho a sobreedificar habrá prescrito, y hacen que en todo momento el vuelo original (como el que pudiera existir tras la sobreedificación, de haberse llevado a efecto), sean por su propia naturaleza un elemento común (a*. 396 CC, vuelos) que pertenece a todos los propietarios de la

finca sometida a las prescripciones de la LPH; pues no por extinguirse o prescribir al titular el derecho de levantar nuevas plantas (si las ordenanzas lo hubieran permitido), adquiere nuevos derechos y potestades aquel otro al que a la vez se le ha de extinguir -consecuentemente- el derecho a adquirir una de entre ellas. A la vez en el artículo 16 R.H. el derecho a elevar o sobreelevar se presenta como medio para llegar a la constitución de propiedad horizontal, con lo que entonces el sobreelevante tiene la propiedad definitiva sobre las nuevas plantas -en base al derecho otorgado, construidas- unida a una cuota de copropiedad en los elementos comunes, y entre ellos el suelo, vuelos

La normativa aplicable en el ámbito del derecho común la encontramos pues en el art. 16.2 del R.H. que se ocupa del derecho de vuelo, concretando los requisitos que han de cumplir los derechos de sobre y sub edificación para acceder al Registro de la Propiedad. El TS por sentencia de 2001 declaró la nulidad de los párrafos b) y c) del artículo. Por su parte el C.C. no sólo no regula el derecho de vuelo, sino que ni siquiera lo menciona. Y ha sido la práctica notarial y registral, y la doctrina de la DGRN la que al amparo del numerus apertus de nuestro sistema de derechos reales, ha introducido la figura del derecho real de vuelo siendo el *ius aedificandi* una facultad ínsita en el derecho de propiedad (arts. 348, 350, 358...), al que se aplican las reglas generales en materia de forma (arts. 1278-1280 del C.C.), y la inscripción del vuelo en el Registro de la Propiedad tiene carácter declarativo.

En nuestro caso se constituyó originalmente a favor de un antecesor de mi mandante por vía de reserva (el propietario transmite la propiedad de lo ya construido reservándose el vuelo). El titular " edificante", es quien adquiere el derecho a edificar y tiene la facultad de ejercitarlo, cumpliendo a su vez con los requisitos exigidos por la normativa urbanística, licencias de edificación ... Una vez ejercitado adquiere el dominio perpetuo de lo construido.

Ahora bien, como ya se dijo su extinción puede tener lugar por varias causas y entre ellas por prescripción transcurrido el plazo de treinta años de las acciones reales sobre inmuebles.

Por otro lado se da además la circunstancia de que la antigua Ley del Suelo de 1956, que se vio afectada posteriormente por la reforma de la Ley de 1975 (T.R de 1976), de naturaleza original y eminentemente civil, reguló por primera vez el derecho de superficie dentro del sector concreto del urbanismo cuando el suelo sobre el que se constituye el gravamen está sujeto a un plan de ordenación urbana. De tal manera que una de las obligaciones del superficiario Se constituyó la de edificar en el plazo previsto en el Plan, y el incumplimiento se sancionaba con la extinción del derecho de superficie.

Y también la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 y como complemento de aquella Ley del Suelo, exigió entre otras cosas para la inscripción de títulos públicos en que se constituyera, que el plazo de duración no podía exceder de 50 años, y el de realizar la edificación de cinco.... Este último plazo se mantuvo con la reforma del RH por el RD 1867/98, si bien para la inscripción de la especialidad del derecho de vuelo se amplió el plazo a diez años.

En definitiva, si no se han hecho más plantas y el derecho del edificante ha prescrito, ello no crea un derecho absoluto de la demandada sobre el vuelo, sino que la consecuencia es la extinción de aquella facultad de adquirir una parte de lo que se hubiera sobreelevado, tal como consta en el registro, y ser participe del elemento común junto con el resto de copropietarios.

VI. COSTAS.- Serán impuestas a aquella parte cuyas pretensiones sean totalmente rechazadas (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que deberán imponerse a la demandada si se opusiere, e incluso si se allanare dada su manifiesta temeridad y mala fe en relación con las dos pretensiones deducidas y vistos los requerimientos previos hechos en las Juntas.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito y documentos acompañantes y sus copias, los admita, y a mi por parte en la representación indicada, mandando se entiendan conmigo las ulteriores diligencias, tenga por deducida DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO contra la compañía española [REDACTED], dándole traslado de las copias para que conteste en el plazo de 20 días, y si no se alcanza acuerdo en la audiencia previa al juicio, se reciba el pleito a prueba que desde ahora intereso, practicándose las pruebas que propondremos en el momento de la celebración de dicha audiencia, y seguido el procedimiento por sus trámites legales, en definitiva dicte en su día Sentencia por la que, estimando la demanda:

1.- se declare (a) la validez del acuerdo alcanzado en la Junta General Extraordinaria del 06.11.2009 al tratar el punto 1º del orden del día, y consecuentemente se declaren aprobadas las cuotas de comunidad en la forma determinada en el documento nº3 acompañado a la demanda; o (b) subsidiariamente apruebe S.Sª. las mismas, o aquellas otras que estime más justas según la prueba que se practique; y en cualquier caso se condene a la demandada a estar y pasar por ello con todas sus consecuencias jurídicas;

2.- se declare que la demandada carece de derecho a ocupar los vuelos sobre el tejado del local de su propiedad sito/levantando en el patio de la casa, así como se declare que dichos vuelos le pertenecen a la comunidad de propietarios demandante, y se condene a la demandada a estar y pasar por ello con todas sus consecuencias jurídicas incluida la condena a la retirada del casetón y valla o pantalla que invaden los vuelos, reponiéndolos a su anterior estado en el plazo de 2 meses en o aquel otro que S.Sª. estime más justo.

3.- Se condene a la demandada al pago de todas las costas causadas.

OTROSI DIGO: que para el caso de que la demandada se opusiera, y específicamente respecto a la validez del acuerdo de aprobación de cuotas por razones de error en la forma de determinarlas y/o error en el cálculo de las mismas, se interesa desde este momento la designación judicial de perito aparejador y/o letrado para que

indiquen puntos y razones de conformidad / disconformidad con el proyecto de establecimiento de cuoptas aprobado en la junta de 06.11.2009 al tratar el punto 1º; y caso de disconformidad determine cuales serían con arreglo a la Ley las cuotas correctas de cada departamento del edificio; todo ello por las razones de ciencia que habrán de detallar, y sobre cuanto más se determine en la audiencia previa al juicio a la vista de la contestación a la demanda.

SUPLICO A V.S. que, para el caso que se indica, tenga por solicitada la designación judicial de perito a los efectos que se reseñan

Por ser de hacer en justicia que pido en **SANTANDER, a 11 de Julio de 2011.**

