

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA [REDACTED] DE SANTANDER

D^a. M^a. [REDACTED] Procurador de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS [REDACTED] DE SANTANDER, contra [REDACTED] [REDACTED] en la representación que tengo acreditada en los autos de juicio ordinario [REDACTED] y bajo la dirección letrada del abogado D. [REDACTED], con n° de colegiado [REDACTED], como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que en fecha 06.03.2013, se ha dado traslado a esta representación de la resolución de fecha 04.03.2013 y, cumpliendo el trámite otorgado a esta parte en relación con la interposición del recurso de apelación por [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia dictada en estos autos, hemos de manifestar nuestra **OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACION** en base a las siguientes:

ALEGACIONES

PREVIA.- Respecto a la alegación previa del recurso de apelación adverso queremos significar, respecto a lo que en el mismo se dice, que el hecho de no constar gravamen ni carga alguna sobre la finca de la parte contraria, no implica que los vuelos existentes el tejado de su local le pertenezcan a la misma, ya que el derecho de vuelo no es en si mismo ni un gravamen ni una carga.

De la misma manera, no tiene ninguna trascendencia que en la hoja registral de la finca de la parte contraria no se haga referencia a su pertenencia a comunidad de propietarios alguna ni a la expresión de coeficiente de reparto alguno, toda vez que la finca original y sus diversos elementos privativos conforman ex lege por aplicación de la ley 49/1960 de propiedad horizontal una comunidad en división horizontal y sujeta a sus normas imperativas (arts.1 y 2-b), estando por ello sujeta y aplicándosele las previsiones de dicho cuerpo legal.

Dicho sea sin perjuicio además de que la propia demandada tiene aceptado con sus propios actos su pertenencia a la comunidad de propietarios, desde el momento en que siempre viene siendo citada a las juntas, asiste a las mismas y manifiesta su voto en los asuntos que a dicha comunidad afectan y que son sometidas a la asamblea de conductores.

PRIMERA.- Respecto a la correlativa del recurso, en primer lugar decir que tal y como resulta de la contestación a la demanda y de lo manifestado por la dirección letrada de la parte demandada en el acto de la audiencia previa, no se han puesto en cuestión las cuotas aprobadas por la comunidad, sino solo el hecho de que en el documento en el que se establecieron se incluían como elementos comunes los vuelos sobre el local sito en el patio de la casa.

Efectivamente, puede comprobarse en la grabación del acto de la audiencia previa como esta parte puso de relieve que, a la vista de lo manifestado en el 2º párrafo del FJº III de la contestación a la demanda (pag. 6) de que podría aceptar la cuota general asignada a su local y la exención en los gastos de mantenimiento y limpieza de portal y escaleras siempre que no se considere que existe derecho de vuelos (de la comunidad o terceros) sobre el local levantado en el patio, parecía evidente que la oposición al documento de establecimiento de cuotas (doc.3 de demanda) lo era estrictamente en razón a la referencia que en el mismo se hace de que la cuota general servirá entre otras cosas como modulo de participación en los elementos comunes y entre los cuales se hace expresa mención a los vuelos sobre el local del patio (página 5, párrafo 3º de dicho doc. 3 de demanda); y por ello en dicho acto solicitamos de la contraparte que concretara si por tanto no se oponía a las cuotas del documento nº 3 en razón de errores en la forma de determinarlas y/o errores en el cálculo de las mismas, a lo que se contestó de adverso en el mismo acto que efectivamente no se oponía a esto último.

Por tanto no ha sido cuestión litigiosa en la instancia, ni puede por tanto serlo ahora en la apelación, si las cuotas y porcentajes establecidos son o no validos; y es por ello que en este punto únicamente fue objeto del juicio si están o no incluidos como elementos comunes los vuelos sobre el local de la demandada existente en el patio de la casa [REDACTED] y si se debe incluir como elemento común en dichos porcentajes dichos vuelos.

Sin perjuicio de lo anterior, recordamos además que en el punto primero del orden del día de la Junta de 06.11.2009, cuyo objeto era la aprobación de las cuotas de la comunidad, la parte demandada votó a favor de las mismas, habiendo comparecido con asistencia letrada a dicha junta, y no habiendo puesto en ningún momento objeción alguna; sin embargo, es precisamente al abordarse el punto dos cuando quiere retractarse de sus actos y votar en contra de la aprobación de tales cuotas, cosa que ya no es posible porque tal punto del orden del día ya había sido sometido a debate, votado y aprobado por unanimidad de todos los condueños de esta edificación incluida la demandada.

Por consiguiente no se trata, como se alega ahora de adverso, de que retiró inmediatamente su voto favorable al percatarse de un error, sino de que al abordarse el segundo punto del orden del día (sobre el ejercicio de acciones para la retirada del casetón construido sobre el tejado del local sito en el patio de la casa, es en ese momento, cuando por estar en contra de lo que los demás unánimemente (salvo la demanda), acordaron al respecto, retracta el voto del punto anterior, cosa, que como ya hemos dicho, no es posible y responde a motivos puramente interesados de dicha parte demandada y va ilegítimamente en contra de sus propios actos previos a abordarse dicho punto 2º, en el que consta que:

"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 sitios por encima del local del patio como elemento común

Por lo que respecto a la Sentencia del Tribunal Supremo que se cita de adverso, referente a la doctrina de los actos propios, creemos que en realidad es favorable a lo sostenido por esta parte, ya que aunque de contrario se subraya que se niega la aplicación de tal doctrina cuando tales actos están viciados por error, resulta que la parte contraria tampoco ha impugnado judicialmente el acuerdo adoptado en el punto 1º del orden del día alegando alguna clase de error (no ha formulado ni demanda ni reconvención al efecto, y ya han pasado los plazos correspondientes para impugnarlo, con lo que el acuerdo ha devenido firme).

Y el Juzgado ratifica la validez del acuerdo en el presente juicio, dado que la primera pretensión de la demanda es que se declare la validez de dicho acuerdo unánime, pretensión que se formula por evitar futuras controversias y no para que el Juzgado supla una falta de unanimidad (se demanda principalmente que se declare la validez del acuerdo, y solo subsidiaria o alternativamente se solicita que se aprueben las cuotas, caso de entenderse por S.Sª que no hubo unanimidad ante la retractación de voto de la demandad ya abordado el punto 2).

Por todo y vista la sentencia dictada ha resultado fallado que la demanda realizó una oposición o voto en contra de las cuotas extemporánea, y contra cuyos propios actos previos no le es legítimo ir en contra, resultando un claro 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 y que decidieran por mayoría ejercer acciones legales para la retirada del casetón construido sobre los vuelos existentes sobre el local de su propiedad construido en el patio de la casa

Para concluir estas cuestiones decir que no se trata de que el Juzgado haya aprobado dichas cuotas sino que ha ratificado en la sentencia dictada la validez del acuerdo en que las mismas fueron aprobadas de forma unánime.

Y por lo que respecta a la alegación que se manifiesta en el recurso sobre las dudas de la cualificación profesional de la letrada que asistió a la parte demandada en la referida Junta objeto de litigio, y sobre si es o no especialista en la materia de propiedad horizontal, lo cierto es que la demandada fue citada con anterioridad a dicha Junta, tuvo tiempo de examinar y reflexionar sobre el orden del día y sobre el documento de establecimiento de cuotas que se iba a votar, eligió el asesor legal que mejor le convino y la acompañó y asistió en su participación en

aquella asamblea, sin que sea de recibo ahora cuestionar la mejor o peor pericia que al respecto pudiera tener la letrada asistente de la demanda en estas materias.

SEGUNDA.- Respecto a la correlativa del recurso de apelación adverso, que trata sobre la segunda pretensión objeto de demanda, a saber saber si perteneces a la comunidad como elemento común los vuelos existentes sobre local sito en el patio original de la casa, recordar que el causante de la parte contraria adquirió el local sito en el bajo de la casa más el patio, sobre el que se había construido otro local sobre el cual se había reservado el vendedor la posibilidad de sobreedificar; sin embargo el hecho de que haya prescrito el derecho a sobreedificar sobre dicho local, no le concede algún derecho nuevo a la parte contraria sobre los vuelos, y por tanto no ha podido adquirir nada más lo que en tal momento se le transmitió, ya que el único derecho era que si el vendedor sobreelevaba la edificación, tendría derecho a hacerse con un piso a precio de coste en las nuevas plantas edificadas.

Si además tenemos en cuenta que, como ya dijimos, la Ley de Propiedad Horizontal le es aplicable imperativamente a esta comunidad, con independencia de que exista o no título constitutivo realizado por los propietarios, es lo cierto que por su propia naturaleza los vuelos constituyen un elemento común, tal como los define la propia ley, y por tanto ningún derecho más que la propiedad de lo adquirido tiene la parte contraria.

Por otra parte se dice de adverso que además el resto de propietarios del inmueble debían de haber impugnado aquella reserva de vuelos que se realizó por el vendedor a la persona de la que trae causa la demandada, y se dice que no se tiene acción para reclamar los vuelos ni reivindicarlos por prescripción superior a 30 años; sin embargo, y aún considerando que esto fuera así, es decir, que pudiera ser necesaria la reclamación de los vuelos por parte del resto de propietarios, es lo cierto que no se alegado en ningún momento de adverso la prescripción extintiva de acción, cuyo instituto requiere expresa alegación de parte, (al contrario que la caducidad), ni tampoco se ha alegado la prescripción adquisitiva que en su caso pudiera concurrir por parte de la demandada.

Lo que ha quedado en evidencia además con la prueba practicada en autos, y singularmente la testifical de D. [REDACTED], es que todo el vuelo sobre el local levantado en el patio venía siendo usado por la comunidad, pues incluso de de niño jugaba con los hijos de otros propietarios en dicho lugar, al que se tenía acceso, como aún hoy se tiene, desde la planta primera, tal como declaró el propietario de dicha planta 1ª que incluso ha dicho que también alen a limparlo cuando así se precisa.

En cuanto a lo que se alega sobre que al dueño de una propiedad se le viene reconociendo que su extensión, caso de inmueble, no se limite propiamente a dicho inmueble, sino que alcanza el vuelo de lo que está encima, y al subsuelo o lo que está debajo, ello se refiere a fincas que no están integradas en una propiedad horizontal, lo que no es el caso (ya que casa y patio formaban una sola finca registral, de la que luego se divide y separan cada una de las plantas y departamentos como

elementos privativos), por lo que toda alegación a este respecto no tiene mayor peso o valor para la resolución del presente recurso, ya que al estar integrada la finca en una edificación a la que es, por imperativo legal de aplicación dicha ley especial, participa en los elementos comunes correspondientes a la misma, entre los cuales, y por su propia naturaleza, se encuentran los vuelos.

Por tanto, da la sensación de que, con el debido respeto a vuestro contradictor, con alegación anterior lo que parece buscarse es confundir a la Sala, entre lo que son las consecuencias del derecho de propiedad singular sobre una finca en concreto y las consecuencias de ser propietario de una finca (planta baja y patio de la casa) en una comunidad de propietarios, integración en dicha comunidad que nunca ha sido discutida por la parte contraria.

TERCERA.- Respecto a la alegación tercera del recuso de apelación adverso, en la que se cita infracción del artículo 218 de la LEC, entiende esta parte que ello no es así ya que basta examinar la Sentencia para comprobar que se ajusta perfectamente al contenido de dicho precepto, siendo clara, precisa y congruente con lo pretendido en la demanda, y con lo opuesto de adverso en la contestación y concretado perfectamente en el acto de la audiencia previa, por lo que cualquier otra cuestión que ahora se pueda alegar en el recurso, no ha sido oportunamente deducida en el pleito.

La sentencia ha hecho todas las declaraciones objeto de la litis, y ha emitido los correspondientes pronunciamientos debidamente motivados, decidiendo todos los puntos litigiosos que han sido objeto del debate, sin que se haya aparatado de la causa de pedir, y resolviendo el asunto de conformidad con las normas aplicables al caso, sin que deba entenderse lo contrario por la cita que se haga a una supuesta insuficiente explicación de lo que el art. 350 del CC tiene o no que ver con el caso sin necesidad mayores explicaciones, que por cierto y como antes hemos dicho, la extensión de el derecho de propiedad al derecho sobre el vuelo y sobre el subsuelo se está refiriendo a una propiedad individual, ya que al estar la finca integrada en una comunidad de propietarios en división horizontal, esos derechos pertenece en común y en copropiedad al conjunto de los dueños de los departamentos privativos que la integran.

CUARTA.- Respecto a la alegación cuarta adversa, en la que se establecen las conclusiones del apelante, se ha dado cumplida respuesta por esta parte a lo que, en fundamento de ellas, se ha alegado de adverso, por lo que no merece mayores comentarios al tratarse de un simple resumen de las alegaciones anteriores, si bien cabe añadir que respecto a las cuestiones que se alegan sobre el mantenimiento del tejado del local construido sobre el patio original de la casa, no viene al caso determinar quien ha contribuido y quien no y a quien le correspondía, ya que nada al respecto ha sido objeto de prueba ni de contradicción en el litigio, y lo que si es evidente es que la posesión de los vuelos sobre dicho local ha venido siendo realizada pacíficamente no adverso sino por la propia comunidad, habiendo

declarado el testigo Sr. [REDACTED] que desde niño y con otros chicos hijos de otros condueños salían a jugar sobre el tejado de dicho local, accediendo por la planta primera, sin ninguna oposición de nadie y a la vista y paciencia de quien antes fuera anterior propietario de tal local; y declarando el otro testigo Sr. [REDACTED] que en múltiples ocasiones a lo largo de los años viene accediendo por la ventana del piso 1º al tejado del local levantado en el patio para limpiar los imbornales o sumideros existentes en dicho tejado.

Consecuentemente con lo que acabamos de decir, en ningún momento se puede entender que ha habido actos propios de la comunidad de reconocimiento implícito de la naturaleza de los vuelos objeto del litigio; es más, cuando la parte demandada construyó el casetón o castillete en que se aloja los motores del aire acondicionado de que se sirve su local, sobre el tejado del mismo, esta parte automáticamente procedió a actuar en su contra denunciándolo al Ayuntamiento y siguiéndose un expediente administrativo, y posteriormente se ha formulado la correspondiente demanda, tras diversas Juntas en que se ha tratado el tema y la comunidad siempre ha mantenido que los vuelos sobre el local referido pertenecen a dicha comunidad.

QUINTA.- En este momento y al igual que el adversario señalamos como conclusiones de de esta parte que:

1) La demanda contiene 2 pretensiones: la 1ª en síntesis es:

- validez del acuerdo de aprobación de cuotas del punto 1º de la Junta General Extraordinaria del 06.11.2009
- o subsidiariamente apruebe S.Sª. aquellas otras que estime más justas según la prueba que se practique.

Está acreditado con LA DOCUMENTAL (citaciones a Juntas y libro de actas, no impugnados de contrario) y TESTIFICAL (Sr. [REDACTED] y Sr. [REDACTED]):

- a) Que todos los propietarios al abordar el punto 1º del orden del día aprobaron las cuotas establecidas en el documento 3 de la demanda.
- b) Que la toma de acuerdos a ese respecto era precisamente el objeto de dicho punto 1º.
- c) Que aquel documento 3 (proyecto de establecimiento de cuotas) había sido previamente remitido a todos los propietarios con la citación a la Junta.
- d) Que a dicha Junta la representante de la demandada acudió además asistida de la letrada Dª. [REDACTED], tal como consta en el acta.
- e) Y que fue una vez finalizado dicho punto 1º, y ya tratando la Junta el 2º (acuerdos sobre demandar la retirada del casetón del aire acondicionado y pantalla que impide su vista desde la calle, construido por la demandada), al tomarse el acuerdo de formular dicha demanda es cuando, en ese preciso momento, la demandada manifiesta no aprobar las cuotas del punto 1º.

Lo anterior implica:

- 1) una actuación no solo contraria a los actos propios previos de la demandada contra la que no le es lícito ir.
- 2) sino además una actuación o manifestación ineficaz, pues el punto 1º ya había finalizado con el acuerdo de aprobación de las cuotas, y ya no era momento de volver a votar el mismo ni de manifestar nada al respecto.

Solo por ello la 1ª pretensión de la demanda debe ser estimada.

Ahora bien, para el caso de que la sala entienda que cabe valorar la oposición formulada en la contestación, no ya en cuanto a los coeficientes / cuotas asignados, sino al hecho de que se cite en el documento nº 3 que son elementos comunes los vuelos del patio sito sobre el local privativo de la demandada -pues este es en realidad el motivo opuesto en la contestación, tal como quedo aclarado en la audiencia previa, y que por ello esta parte renuncio por innecesaria a la pericial judicial pedida por otrosí en la demanda-, la Sala lo habrá de analizar y determinar en la Sentencia que dicte, de tal forma que:

- a) Podrá declarar aprobado en su integridad el documento 3 / proyecto de establecimiento de cuotas.
- b) O bien podrá aprobarlo haciendo la salvedad de que los vuelos sitios sobre el patio (entendido por patio, lógicamente, lo que está sobre el tejado del local privativo de la demandada) no son un elemento común.

La decisión que a S.Sª y ahora a la Sala. incumbe sobre estas cuestiones está íntimamente ligada con la 2ª de las pretensiones objeto de nuestra demanda y que pasamos a ver a continuación

2) La 2ª pretensión objeto del litigio es, en síntesis:

- El que S.Sª valore y determine si la demandada carece o no de derecho a ocupar los vuelos existentes sobre el tejado del local de su propiedad sito en el que fuera el patio original de la casa, y si dichos vuelos le pertenecen o no a la comunidad de propietarios.
- Caso de estimarse lo sostenido por esta parte y que los vuelos son por tanto elemento común, se habrá de condenar a la demandada a la retirada del casetón y valla o pantalla que invaden los vuelos.

Sentado lo anterior se ha de conceder que esta cuestión es más de derecho que de hecho, no obstante lo cual hemos de manifestar que:

1º) Al haber aprobado la demandada en el punto 1º del orden del día el documento de establecimiento de cuotas, también aprobó y aceptó que el vuelo sobre su local es elemento común, cual en dicho documento así se define (nuevamente, es de tener en cuenta la doctrina de los actos propios):

2º) Está acreditado con la prueba DOCUMENTAL (certificación de la historia registral de la casa [REDACTED]):

- a) que originalmente la casa con su patio constituían una sola finca.
- b) que en la herencia de la propietaria de dicha casa, el local sito en la planta baja con el patio, como finca única, se adjudicó a uno de sus herederos.
- c) Que este Sr. lo vendió pero reservándose los vuelos existentes sobre el local edificado sobre el patio, de tal forma que de llevarse a efecto y levantar una nueva edificación, tal como consta pactado e inscrito en el registro se derribaría dicho local y el adquirente haría suyo el local bajo del nuevo edificio que se levantase y podría adquirir a precio de coste uno de los nuevos pisos superiores.
- d) Consecuentemente, los derechos de quien así adquirió planta baja y patio de la casa [REDACTED], y de cuyas herederas trae causa la demandada, llegan hasta ahí y no más allá.
- e) Es decir que no habiendo ejercitado el derecho de vuelo el vendedor, la propiedad privativa del comprador solo se extiende estrictamente a lo que compró.
- f) Y si el derecho de vuelo y a edificar que aquel se reservó ha prescrito, como todo parece indicar por las fechas de las inscripciones que constan en el registro respecto al día de hoy (tal como se explica en los fundamentos de la demanda, a los que me remito), ello no le puede conceder mayores derechos a quien adquirió el local bajo de la casa con el patio, ni a quien traiga causa del mismo.
- g) Añádase a ello que con la entrada en vigor de la LPH que, como también está explicado en los fundamentos de la demanda, sus previsiones son de aplicación a esta “casa [REDACTED] de Santander con su patio” (según así la describe el registro), y cuya Ley califica entre otros de forma expresa a los vuelos como elemento común.

Por su parte la TESTIFICAL ha acreditado que en esos vuelos sitios sobre el tejado del local adverso:

- Son accesibles desde el piso 1°.
- Que quien ocupa dicho departamento ha accedido en múltiples ocasiones para limpiar los imbornales / sumideros existentes en dicho tejado
- Que el Sr. [REDACTED] y otros anteriores ocupantes del edificio también accedían ya siendo niños a jugar sobre el tejado del local
- Y que lo hacían a la vista y sin oposición alguna de quien fuera propietario de dicho local.
- Y hay por tanto desde hace multitud de décadas un uso posesorio de los vuelos sobre el local por quienes habitaban y habitan en esta casa.

Por todo ello parece claro que tanto no solo desde el punto de vista del derecho sino también desde el de los hechos, los repetidos vuelos han constituido y constituyen un elemento común, y no habiéndose autorizado por la comunidad a la demandada su ocupación privativa ni en todo ni en parte, procede la condena de la demandada a la retirada de lo construido por ella invadiendo los mismos.

SEXTA.- Por lo demás ratifico y me remito a los fundamentos de derecho alegados en la demanda, donde se analizan con más detalle las cuestiones litigiosas, procediendo se dicte sentencia desestimando el recurso de apelación.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, lo admita, y por hechas las anteriores manifestaciones me tenga por opuesto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, remita los autos al Tribunal Superior, a fin de que en su día y tras los trámites legales en definitiva se dicte sentencia en la que se desestime el recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada e imponiendo las costas del presente procedimiento a la contraparte.

Es justicia que pido en [REDACTED] a martes, **19 de marzo de 2013.**

[REDACTED]

[REDACTED]