



Roj: **SAP GC 920/2023 - ECLI:ES:APGC:2023:920**

Id Cendoj: **35016370052023100334**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **28/04/2023**

Nº de Recurso: **1078/2021**

Nº de Resolución: **324/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS AUGUSTO GARCIA VAN ISSCHOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº 2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0001078/2021

NIG: 3501942120200005181

Resolución: Sentencia 000324/2023

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000891/2020-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de San Bartolomé de Tirajana

Apelado: Comunidad De Propietarios DIRECCION000 ; Abogado: Francisco Javier Zambrano Suarez;
Procurador: Noemi Arencibia Sarmiento

Apelante: Fidel ; Abogado: Francisco Torres Suarez; Procurador: Ana Maria Rodriguez Romero

?

SENTENCIA

Il'tmos. Sres.

SALA Presidente

D. CARLOS AUGUSTO GARCÍA VAN ISSCHOT (Ponente)

Magistrados

D. MIGUEL PALOMINO CERRO

D. TOMÁS GONZÁLEZ MARCOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de abril de dos mil veintitrés.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, contra la sentencia nº 192/2021, de 7 de junio, dictada, en los Autos de juicio ordinario nº 891 de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Bartolomé de Tirajana, seguida esta apelación a



instancia del demandado Fidel, representado por la Procuradora de Tribunales doña ANA MARÍA RODRÍGUEZ ROMERO, y dirigida por el letrado don FRANCISCO TORRES SUÁREZ, siendo parte apelada la demandante "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000" representada por la Procuradora de los Tribunales doña NOEMÍ ARENCIBIA SARMIENTO, con la dirección del Letrado don FRANCISCO JAVIER ZAMBRANO SUÁREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Titular del Juzgado de origen dictó la sentencia con número 192/2021, de 7 de junio, cuyo fallo dice:<< Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 contra don Fidel, condeno al demandado a restituir a la demandante la posesión de la parte del pasillo comunitario que viene siendo utilizada a modo de terraza por el local "Snack Bar Maxi Pub". Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada. Notifíquese esta sentencia a las partes. Esta sentencia no es firme, y contra ella cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, que se interpondrá en plazo de 20 días ante este juzgado, conforme a la nueva redacción del art. 455 dada por la L 37/2011, de 10 de octubre. Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Carlos Suárez Ramos, del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de San Bartolomé de Tirajana>>.

SEGUNDO.- Dicha sentencia nº 192/2021, de 7 de junio, la recurrió en apelación el demandado Fidel de conformidad con el artículo 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin solicitar prueba para la segunda instancia; y dado traslado formuló escrito de oposición al recurso de apelación la demandante COMUNIDAD DE PROPIETARIOS; y emplazados que fueron dichos litigantes para ante esta Audiencia Provincial, se personaron, en tiempo y forma, formándose el rollo correspondiente, y tras darle la tramitación oportuna se señaló el día para su estudio, votación y fallo.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales, salvo la del término para dictar sentencia dado el cúmulo de asuntos; y es Ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. D. Carlos García Van Isschot, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Quedó acreditado en las actuaciones - por ser hechos no controvertidos- que el complejo de apartamentos DIRECCION000 de Playa del Inglés, inicialmente (división horizontal del edificio, otorgada ante el notario don Manuel Alarcón Sánchez, en fecha 5 de abril de 1974,) no se había constituido Comunidad de Propietarios, sino que el único propietario del complejo gestionaba en forma de explotación turística los apartamentos, y en beneficio de dicha explotación permitía la ocupación de las zonas comunes, de lo que hay testimonio en la década de 1980 del siglo XX; concretamente el local 3 del semisótano cuenta con licencia de apertura para bar-cocktail desde 29/07/1994 y se desarrolla la explotación "Snack Bar Maxi Pub", negocio que emplea un pasillo comunitario como terraza, esa situación se ha mantenido con posterioridad a la constitución de la Comunidad de Propietarios, en el año 1995, según el diligenciado del primer libro de actas de fecha 16 de enero de 1995 (documento nº 1 de la demanda); el local con la terraza lo viene explotando Alberto desde junio de 2013; en fecha 19 de agosto de 2014 el entonces presidente de la comunidad de propietarios, don Ángel, en calidad de tal "y en representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000" expidió certificación del tenor literal siguiente: "Que debido a las obras de reforma y rehabilitación que necesita el edificio, la comunidad de propietarios se ve en la necesidad de solicitar al propietario del local 3 MAXIPUB, Explotaciones Tamatir SL, con NIF B35641653, la demolición de las cubiertas y cerramientos de la terraza anexa de su uso, para el correcto desarrollo de las citadas obras y por tanto. AUTORIZA a que una vez finalizadas las obras en la zona de su uso, podrá volver a seguir utilizando la terraza tal y como lo venía realizando hasta el momento y PERMITE que el propietario del local, cuando lo estime conveniente pueda incorporar elementos en la terraza, para garantizar la protección y seguridad de los usuarios, así como los elementos decorativos que ya disponía"; en Junta celebrada el 5 de mayo de 2018, se aprobó la propuesta propone, entre otros, (orden del día nº 7), autorizar al Presidente a instar acciones judiciales contra "quienes ocupen zonas comunes sin autorización de la Junta de Propietarios", siendo aprobado por unanimidad y no siendo impugnado dicho acuerdo, pasando a ser ejecutivo; al amparo de dicho acuerdo la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ejercita acción reivindicatoria para obtener la restitución del bien que el demandado usa indebidamente, en demanda de dos de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- El Juzgador ha considerado que el demandado sí se encuentra afectado por ese acuerdo al ocupar un pasillo comunitario y que el consentimiento emitido por el Presidente de la Comunidad de Propietarios no da al demandado amparo jurídico al uso de la terraza y porque su actuación obedecía a la necesidad de llevar a cabo unas obras para evitar desprendimientos de cascotes desde el tejado de la fachada superior del edificio y no era razonable diferir su conclusión al resultado de un litigio judicial sobre el uso de la terraza, y porque otras



situaciones que ha consentido la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS como el bar que ha existe junto a la piscina comunitaria es interesante para ella porque abona renta y que la tolerancia durante más de tres décadas no debe impedir un cambio de posición por circunstancias justificadas.

El Tribunal de Apelación ha visto y escuchado la grabación audiovisual de la audiencia previa y de la vista del juicio del 4 de junio de 2021 en la que prestaron su testimonio Alberto (entre 01:10 y 09:10), Constantino (de 09:25 a 15:25) y Ángel (entre 15:50 y 20:04) este último que ratificó el documento que firmó cuando era presidente y rememoró que el local con la terraza venía funcionando desde antes de 2012 cuando él se hizo propietario y que él llevo el acuerdo a la Junta como también llevó verbalmente el caso de la señora que utilizaba un local comunitario para celebrar cumpleaños, y que durante su mandato nadie pidió echar al demandado.

El anterior dueño, que compró para inversión el local y se deshizo rápido del inmueble, relató que cuando el adquirió ya estaba cerrada y techada.

El Expediente NUM000 de la Sección de Disciplina Urbanística municipal y su resolución de febrero de 2019, por denuncia de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, versa sobre si la autorización para bar-cocktail de 1994 amparaba instalar mobiliario de cafetería y aparatos reproductores de sonido en zonas de terraza.

TERCERO.- El Tribunal de Apelación tras releer con detenimiento el documento que suscribió en 2014 el presidente anterior, junto con los más de 30 años de explotación del local con ocupación con sillas y sombrillas del pasillo comunitario, sin ninguna actuación formal en contra de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS que se constituyó al cesar el dueño único, la cual también consintió la ocupación onerosa con los habitáculos-quioscos y terrazas comunitarias en la zona de piscinas, llega al convencimiento de que no puede calificarse de ocupación sin autorización de la Junta de propietarios la que viene desplegando desde hace 35 años el demandado (y a través de él su arrendatario, que lo fue de los comuneros precedentes sin solución de continuidad) sino que constituye un genuino reconocimiento del derecho de uso de la terraza que no venía sino a confirmar lo que ya tácitamente venía siendo consentido y ello tras valorar el conjunto de circunstancias concurrentes expuestas, por las que cabe determinar que el prolongadísimo silencio e inacción de la comunidad ha sido equivalente a su asentimiento.

El dato de que otras ocupaciones de elementos del complejo de apartamentos hayan sido tácitamente consentidas porque sí pagan un canon, no significa por sí mismo que la más antigua del demandado deje automáticamente de estar autorizada, por lo que no se encuentra entre las afectadas por el acuerdo (que por su generalidad no la identificaba), y procede desestimar la demanda.

Una amplia cita de jurisprudencia plenamente aplicable al caso (STS de 6 de marzo de 2013, STS de 10 de junio de 2002 STS de 19 de diciembre de 1990, entre otras) referida al consentimiento tácito en relación con la antigüedad de la ocupación, entre la que cabe acotar que el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente - SS. de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964 -, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo, de una voluntad determinada en tal sentido - SS. de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963 -, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones - S. de 10 de junio de 1966 -... insistiéndose en que el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad - S. de 24 de enero de 1957.

En el caso concreto que se vuelve a examinar la única voz que se había pronunciado expresamente por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, fue la del otrora presidente en 2014 quien tras- en ese momento mas de 20 años de explotación del snack-bar y utilización de la terraza comunitaria, una vez constituida la Comunidad- de manera tajante e inequívoca dejó por escrito sentado que la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS debía solicitar al propietario la demolición del techado, y decisivamente porque autoriza a volver a seguir usando la terraza como venía realizando hasta ese momento y le permite instalar elementos en la terraza para protección de los usuarios.

Precisamente el argumento de que así se quería eludir un proceso contra el demandado que retrasara la obra respalda igualmente que había un precedente comportamiento de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS que le llevaba a pedir la aquiescencia del comunero y ahora, posteriormente, la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ha adoptado un comportamiento contradictorio, contemplado desde la buena fe y el deber de coherencia, que limita, por ello, los derechos subjetivos y su ejercicio.



CUARTO.- El artículo 394 consagra el principio de vencimiento objetivo en materia de costas y desestimadas las pretensiones de la Comunidad de Propietarios, se le imponen las costas de la primera instancia.

ÚLTIMO.- Ante todo lo expuesto procede revocar la sentencia de instancia y acoger el recurso, y la no imposición en las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes conforme al artículo 394.2 del mismo texto legal.

Vistos los artículos citados y de general aplicación

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto, en la representación de Fidel contra la sentencia nº 192/2021, de 7 de junio del Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Bartolomé de Tirajana, dictada en los autos de Juicio Ordinario núm. 891 de 2020, la cual revocamos, y en su lugar, dictamos la presente, por la que desestimamos la demanda formulada en la representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 contra Fidel a quien absolvemos de la misma; imponemos las costas de la primera instancia a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS; sin imposición de las costas procesales derivadas de la tramitación del recurso.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional (art. 477.2.3º LEC), al haberse seguido el procedimiento por cuantía inferior a 600.000,00 € y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV -en relación con la Disposición Final decimosexta- y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

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

Ignorar palabra Ignorar todas

Ignorar palabra Ignorar todas