

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 29 de maig del 2018.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de data 10-12-2014, la representació processal de la Comunitat de propietaris de l'edifici Y. va presentar davant de la Batllia demanda a tramitar pel procediment ordinari contra els Srs. S.B., A.L. i P.B., demanant llur condemna, en la responsabilitat que correspongui – de caire principal o alternativament- a :

- restituir el mur i/o deixar les coses tal qual com estàvem, juntament amb tots els elements que prèviament existien en aquell espai, del pis A2 i A3 situats a la planta baixa de l'edifici Y., de l'Av. Sant Antoni *** de la vila de La Massana, trobant-se dit espai assenyalat en el document número 3

acompanyat a la demanda formulada o en el lloc que s'acrediti al tràmit processal oportú,

- a lliurar la cèdula d'habitabilitat de l'apartament número A2 del referit edifici
- a pagar les costes judicials ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat, de procurador i de pèrit.

II.- La representació processal dels Srs. S.B., A.L. i P.B., per escrit del 26-01-2015, va formular una excepció "dilatòria" de manca de legitimació activa.

Per Aute del 07-04-2015, el Tribunal de Batlles va decidir procedir a l'arxiu sense altre tràmit del procediment incidental fent imposició a la part demandant incidental de les costes judicials ocasionades a la Comunitat de Propietaris de l'edifici Y. de resultes de la tramitació del mateix.

Per Aute del 29-04-2016, aquesta Sala va decidir estimar el recurs interposat per la representació processal dels defenents en contra d'aquest Aute confirmant-lo íntegrament en quant a l'arxiu de l'incident però sense fer cap imposició de les costes de primera ni de segona alçada.

III.- Per escrit del 14-04-2016, la representació processal dels Srs. S.B., A.L. i P.B. va contestar formulant una excepció de defecte de procediment i sol·licitant la desestimació de la demanda amb imposició de costes.

Les parts van replicar i duplicar, i presentar els seus escrits de proves, mantenint les seves posicions respectives.

IV.- Per Sentència de data 01-09-2017, l'Hble. Tribunal de Batlles, Secció Civil, va decidir :

"Primer.- *Estimar parcialment la demanda formulada per la representació processal de la Comunitat de Propietaris de l'edifici Y. contra els Srs. S.B., P.B. i A.L. ep. B., tan sols pel que respecta a la condemna d'aquests darrers a lliurar el*

*certificat d'habilitat de la unitat immobiliària número A2, situada a la planta baixa de l'edifici Y., ubicat a l'Av. Sant Antoni *** de la vila de La Massana.*

Segon.- *No fer expressa imposició de les costes judicials ocasionades, havent de suportar cadascuna de les parts les seves pròpies i les comunes per meitat.”.*

V.- Contra aquesta resolució ha interposat recurs d'apel·lació la representació processal de la Comunitat de propietaris de l'edifici Y..

La representació processal dels Srs. S.B., A.L. i P.B., demana la desestimació del recurs, amb imposició de les costes a la part apel·lant.

VI.- Per Aute d'aquesta Sala del 05-04-2018, es va decidir desestimar les pretensions probatòries adduïdes per la representació processal de la Comunitat de Propietaris de l'edifici Y. en el seu escrit de conclusions i consistent en que per a millor proveir s'incorporin en autes els documents adjuntats a l'escrit ans ressenyat als efectes probatoris escaients.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Vincent ANIÈRE.

FONAMENTS DE DRET

I.- Abans d'estudiar en detall el recurs, hem d'efectuar unes precisions sobre les proves que la part recurrent pretenia aportar en aquesta segona instància.

Ja hem resolt aquesta qüestió mitjançant el nostre Aute del 05-04-2018 però podem afegir que dites proves (declaracions de copropietaris i actes de juntes ordinàries) destinades a establir que la Comunitat no tenia coneixement de les obres s'haurien d'haver aportat en primera instància ja que, com ho explicarem més en davant la qüestió de l'autorització feia part del debat i era possible a la part agent aportar dites proves des de l'inici.

De totes maneres, com s'exposarà també després considerem que els elements de prova ja presents en autes eren suficients per constatar que no ha existit cap autorització sigui expressa o tàcita.

II.- Sobre el fons, la representació processal de la Comunitat reafirma que els demandats no podien i no poden destruir un envà comunitari de separació dels dos pisos, doncs és un element comunitari i es prohibeix expressament tant per la llei com pels Estatuts Comunitaris -antics i nous- dita obra sense autorització de la Comunitat. Explicita que el motiu material de restituir el mur és perquè l'adversa ha tocat els cables comunitaris de la televisió i la resta de veïns tenen problemes amb les imatges. Afegeix que l'obra en qüestió, tal com ressort de l'informe pericial encara està inacabada.

Efectivament, el fet essencial que motivava la demanda era que els defenents havien derruït l'envà de separació entre el pis A2 i el pis A3 i que l'obra es trobava parada a mitges.

Al respecte, ha quedat establert que l'edifici Y. està radicat a LA MASSANA i que es tracta d'un edifici antic de varis nivells (PB + 6 o 7 plantes sota el nivell de la CG3).

No es discuteix que en data 06-05-2003, els defenents han adquirit els pisos A2 i A3 ni que és en 2013 que la Comunitat va procedir a la divisió de finca provisional.

No es discuteix tampoc que la paret mitgera o envà que separava els pisos A2 i A3 va ser destruïda i existeixen al respecte dues series d'elements diferents.

D'una part, els defenents han aportat un seguit de quatre certificacions de les quals ressort que la separació ja no existia més al moment on van adquirir les dues unitats en qüestió i que és el precedent propietari (Sr. L.U.) qui hauria procedit a la destrucció del mur, per tant anteriorment al 2003 (però a una data que no se sap) i sense que s'hagi avisat a la Comunitat.

D'altra part, al mes de febrer del 2014, el Sr. S. (ISG) va realitzar un estudi energètic de l'edifici, i del plànol adjunt apareix efectivament que no existeix paret mitgera entre el que seria el pis A2 i el pis A3 (foli 107) i de fet l'enginyer no menciona cap pis A3 sinó un sol pis A2.

Sobretot, el pèrit designat judicialment ha pogut constatar el 17-03-2017 que efectivament s'havia "eliminat" un tram de quatre metres de la mitgera que hi havia entre els pisos A2 i A3, i que per la mateixa passaven cables elèctrics i un cable coaxial d'antena TV. Les fotos realitzades pel pèrit permeten constatar que si bé el mur s'ha destruït, les obres no estan acabades del tot doncs encara es poden veure unes fustes i fins i tot els restos dels cables mencionats pel pèrit. No obstant això, els treballs que queden per fer apareixen correspondre a treballs d'acabats però és clar que la modificació és efectiva i íntegra, i per tant no es pot dir amb la part agent que l'obra estaria a mitges.

En base en aquests elements, el tribunal ha motivat, en resumit, que donat d'una part que el mur de separació dels pisos A2 i A3 s'havia de considerar com un element comú per destí i que podia ser desafectat per acord de la Junta de Propietaris o per raó de previsions estatutàries, i donat d'altra part que les obres de demolició s'havien dut a terme per part de l'anterior propietari amb anterioritat a l'any 2003 i a l'adquisició de les unitats immobiliàries per la part defenent, els elements d'autores portaven a considerar que la Comunitat de Propietaris havia autoritzat de forma tàcita les obres referides i que per tant no tenia conseqüència la manca d'autorització prèvia per part de la Comunitat de Propietaris, i finalment estimar les pretensions de l'agent protegiria un evident abús de dret.

III.- El primer motiu de recurs de la Comunitat és que el tribunal ha vulnerat al seu dret a la defensa pel fet de considerar que era a la part agent de provar la seva oposició a l'obra, quan no es pot provar sense saber que és pot provar ; que el Tribunal ha anat més enllà del que les parts al·leguen tota vegada que ha apreciat un consentiment tàcit de la Comunitat de propietaris quan en cap moment les parts han dit ni al·legat res al respecte

i que el tribunal ha suplert la insuficiència probatòria de la part defenent anant més enllà en la prova de quelcom que no s'havia de provar.

Així, el problema que planteja la part recurrent és de determinar si tal pronunciament és o no conforme al principi contradictori i al principi de congruència.

Aquest darrer significa que el tribunal ha de pronunciar-se sobre totes les pretensions regularment adduïdes, i només elles, respectant als principis dispositiu, d'aportació de part, de defensa i de tutela efectiva.

Si en consonància amb els aforismes *iura novit curia* i *da mihi factum dabo tibi ius* les normes jurídiques al·legades per les parts no vinculen al jutge qui pot aplicar les que millor s'adaptin al cas, és sempre sota la condició que no es modifiqui o alteri la *causa petendi* de la litis tal com conformada per les parts.

Par tant, ens trobem front a una real incongruència, i provocant necessàriament indefensió, “*quan les resolucions judicials alterin de forma substancial i decisiva el propi contingut del litigi, substraient o frustrant a una de les parts, la possibilitat d'un debat veritablement i reial contradictori, dictant-se un fallo no adequat o no ajustat a les recíproques pretensions de les parts. L'òrgan judicial, per tant, no pot resoldre ni més ni menys qüestions jurídiques que aquelles que li han estat formulades o plantejades per les parts*” (ATJSC de 28-12-1998, nº 999).

S'ha de precisar que el principi de congruència no imposa una concordança perfecta entre la decisió i les pretensions de les parts sinó una adequació raonable, havent-se de respectar l'essència de dites pretensions, i que el tribunal pot pronunciar sobre una pretensió implícita o necessària en relació a la qüestió principal debatuda.

En el present afer, considerem que, si bé és veritat que la discussió entre les parts es va centrar sobre la natura (comunitària o privativa) del mur i si la seva supressió requeria una autorització, i que dites parts no van discutir de la possible existència d'una autorització tàcita o d'un consentiment tàcit d'obres, no obstant això, el tribunal de Batlles no va

realitzar un canvi total de la problemàtica que li era plantejada (és a dir si s'havia de condemnar els defenents a restituir un element comú destruït sense autorització de la Comunitat), sinó que ha extret dels elements de prova aportats i debatuts que existia una autorització (tácita) i que per tant, al faltar un element essencial per donar lloc a la pretensió articulada, havia de desestimar-la.

No es tracta de suplir una manca de prova imputable a la part defenent sinó de valorar les proves ja presents en les actuacions.

Per tant, no existeix cap alteració de la *causa petendi* ni per consegüent cap vulneració del principi de contradicció ni del principi de congruència puix les parts tenien la possibilitat d'al·legar respecte de les conclusions a les quals ha arribat el Tribunal *a quo*.

Una altra cosa és de dir si aquestes conclusions es poden confirmar.

IV.- En efecte, el segon motiu és per error en la valoració de la prova pel fet de considerar per part del tribunal que l'obra té prop de quinze anys, quan la Comunitat no podia tenir coneixement de l'obra i que les declaracions transcrits en document privat es refereixen a una obra ja acabada i no a mitges com és la present ; que el tribunal ha pressuposat que la Comunitat de Propietaris o els veïns particulars d'una comunitat de veïns havien autoritzat una obra interior d'un immoble en base a insuficients criteris.

Afegeix que finalment, l'òrgan jutjador d'instància no ha resolt el problema sorgit amb l'obra doncs quedaria pendent de resoldre la qüestió de si l'adversa pot finalitzar l'execució de l'obra i que s'està vehiculant una futura execució d'obra quin abast es desconeix, obra que -ara si-, si que es prova que no té consentiment la Comunitat, ni per fer modificacions, ni per acabar-la, ni per tocar cap altre element comunitari.

En relació a la valoració de les proves, els elements exposats anteriorment ja hem indicat que no es podia considerar que l'obra era a

mitges i permeten confirmar la conclusió i que aquesta darrera s'ha dut a terme abans del 2003.

Quant a l'autorització o més precisament l'acceptació tàcita, cal en primer lloc determinar si tal autorització era necessària, el que comporta dir si el mur de separació entre els dos pisos era un element comú o privatiu.

I sobre aquest punt s'ha de compartir el parer del tribunal d'instància que el caràcter comú del mur en qüestió ressurc molt clarament dels estatuts vigents al moment de realitzar els treballs (anteriorment a la LPH i el seu article 5 que defineix com a privatis els envans de separació a efecte d'unió material d'unitats immobiliàries). En particular l'article 3 de dits estatuts que defineix les "*Coses comunes*" ("*Són elements comuns: els fonaments, les quatre façanes, parets mestres i elements de càrrega, en tota la seva alçada, així com els de separació d'apartaments (...)*") i també l'article 7 que defineix els "*Límits*" ("*Cada apartament té per límits els murs i parets actuals, ...*") i l'article 13 que sotmet a l'autorització de la Comunitat qualsevulla alteració de les coses comunes, o en els elements resistents com **parets**, sostres, llosat, etc., encara que de petita importància i sense diferenciar de quin tipus de distinció entre murs de càrrega o parets divisòries.

Per tant, és innegable que, al moment on es va realitzar, la supressió del mur no es podia dur a terme sense l'autorització de la Comunitat i no hi ha discussió sobre el fet que mai tal autorització prèvia es va sol·licitar.

V.- A partir d'aquí és d'interès determinar si ha pogut existir un consentiment tàcit.

Sobre els principis, hem de dir que si que pot existir un consentiment tàcit a unes obres per part de la Comunitat. El mateix ha de respondre a certes condicions ja que mai el simple silenci, fins i tot si la Comunitat té coneixement de les obres, es pot analitzar com un consentiment tàcit, sinó que els fets establerts han de traduir, segons les circumstàncies del cas i l'actitud de la Comunitat, una voluntat clara i unívoca d'acceptar les obres.

Així, el fet durant un període de temps molt llarg per part de la mateixa de no manifestar ni fer res tot i essent coneixedora de les obres es podria qualificar de consentiment tàcit (a títol comparatiu i il·lustratiu la jurisprudència espanyola també ha admès tal solució : SSTS 1a 993/2008 FD2 i 564/2009 FD2).

Però, en el present cas, no podem compartir la conclusió del tribunal que ha existit una autorització tàcita.

En efecte, el tribunal ha motivat que :

“Degut al temps transcorregut entre la data de realització de les obres, que esdevé anterior a l’any 2003, i l’escrit de citació a judici que va donar inici al present procediment, que data del 16 d’octubre del 2014, tot plegat porta a considerar que la Comunitat de Propietaris va autoritzar de forma tàcita les obres referides. I els elements que porten a concloure en aquest sentit són que cap acció va instar la demandant contra el propietari que va realitzar les mateixes, i tampoc consta acompanyat a les actuacions cap acta estesa per la Comunitat de Propietaris acreditativa de la seva oposició a la realització de les obres referides. I en aquest sentit, tot i que la demandant argumenta que no va ser fins a la realització d’un estudi energètic al febrer del 2014 que no va prendre coneixement de l’existència de dites obres, tot plegat fa dubtar de la veracitat de dita afirmació, donat que d’una banda, una copropietària de l’edifici Sra. F.B.H. ha afirmat conèixer l’existència de dites obres dutes a terme sense l’acord de la Comunitat de Propietaris per part de l’antic propietari, i en tot cas les característiques intrínseques a la realització d’uns treballs de desmunt d’una paret, no podien passar desapercebuts pels veïns, els quals van haver d’advertir l’existència de runa i altres elements d’obra quan es van realitzar els treballs.”

Però, com ho hem precisat abans, per poder donar un valor de consentiment al temps transcorregut, una de les condicions imprescindibles és que la Comunitat tingui coneixement de les obres.

Ara bé, en el present cas, res en les actuacions permet concloure que la Comunitat tenia aquest coneixement.

El fet que els treballs no han pogut “passar desapercebuts” és totalment hipotètic i correspon a una suposició, sobretot quan res en autes

se sap sobre el moment precís dels treballs ni sobre les condicions de la seva realització.

El fet que una altra propietària acrediti que era coneixedora del fet que el Sr. L.U. havia destruït el mur abans de l'adquisició, sense donar cap detall concret, no significa que la Comunitat era informada de la realització ni del resultat de les obres. Al contrari el certificat emès per dita senyora indica que *“le mur a été démoli sans que la copropriété ait été avisée. Cela n’a jamais été soumis en AGO ou AGE.”* i tal declaració apareix incompatible amb el fet que la Comunitat coneixia que s'havia dut a terme aquesta demolició.

VI.- Dit això, la sentència també ha invocat un altre fonament que és l'abús de dret (penúltim paràgraf del III.-CONSIDERANT : *“si s’estimessin les pretensions de l’agent, s’estaria protegint un evident abús de dret”*).

Cal precisar prèviament que un dels arguments d'oposició dels defenents era que exigir d'ells la reconstrucció d'un mur sense causa justificada i sense cap interès per la Comunitat conculcaria el seu dret a la propietat privada.

El cert és que ens trobem enfront d'unes obres no autoritzades sobre un element definit com a comú pels estatuts originals, i de les quals es demana la “restitució”, concretament que es torni a reconstruir el mur i a tornar a dividir els pisos que s'han unit en un sol.

Però, compartim l'apreciació del tribunal d'instància que donar lloc a aquesta pretensió seria donar lloc a un abús de dret per part de la Comunitat.

En efecte, el primer argument és que el fet precís invocat per la Comunitat que els defenents han destruït el mur no ha quedat provat i al contrari queda establert que la supressió es va dur a terme amb anterioritat a la seva compra de les dues unitats en qüestió quan ja constituïen en la realitat un sol pis.

D'altra banda, no s'ha acreditat que les obres, realitzades anys enrere, afectarien la seguretat de l'edifici, ni la seva estructura, configuració o estat exterior, ni perjudiquen als drets d'altres propietaris. Si bé s'ha alterat la configuració interior, això no comporta *a priori* cap perjudici per ningú.

Sosté la Comunitat que el problema és que hi hauria problemes de recepció de la televisió però aquest fet no queda provat i al contrari apareix de l'acte de l'AGE del 24-07-2013 que en aquell moment no existia cap problema de recepció (foli 32).

A més, constatem que en data 15-07-2014, és a dir quan l'informe de l'enginyer S. ja havia evidenciat "oficialment" la supressió del mur, la Comunitat va requerir als defenents de lliurar la cèdula d'habitabilitat del pis A2, sense cap referència a la problemàtica de les obres la qual no va donar lloc a cap requeriment o pediment fins a la introducció del present procediment.

Així les coses i per tot l'exposat, no es pot estimar el recurs i la Sentència s'ha de confirmar.

VII.- Pel que fa a les costes de primera instància, el tribunal va jutjar que en haver estat estimada parcialment la demanda formulada, no procedia fer expressa imposició de les costes judicials ocasionades, havent de suportar cadascuna de les parts les seves pròpies i les comunes per meitat.

Aquest pronunciament conforme als principis aplicables s'ha de mantenir.

VIII.- Pel que fa a les costes d'aquesta alçada, és justificat fer aplicació de la facultat que atorga la Novel.la 82,10, tota vegada que si bé es desestima el recurs s'admet que part de la motivació de la sentència criticada no era justificada i es substitueixen en part els fonaments de dret

invocats pel tribunal d'instància pels considerats com a aplicables per aquesta Sala, i que per tant el recurs era raonable.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

Desestimar el recurs interposat per la representació processal de la Comunitat de propietaris de l'edifici Y. contra la Sentència de l'Hble. Tribunal de Batlles de data 01-09-2017, confirmant la seva part decisòria.

No efectuar cap imposició de les costes judicials de segona instància.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-