

ACCIÓN POSESORIA DE RECOBRAR LA POSESIÓN: *ANIMUS EXPOLIANDI* COMO REQUISITO

M.^a del Mar Cabrejas Guijarro

Magistrada del Juzgado n.º 55 de Primera Instancia de Madrid

EXTRACTO

Cuando se ejercita una acción posesoria de recuperación de la posesión, se hace necesario valorar la concurrencia de los requisitos, incluyendo en algunos casos el *animus expoliandi*. Pero teniendo presente que, cuando nos hallamos en el ámbito de una comunidad de propietarios sometida a la Ley de Propiedad Horizontal, el Tribunal Supremo ha venido amparando la constitución de una suerte de servidumbre para el supuesto de la instalación de ascensores y los efectos que sobre la posesión privativa puedan tener las obras.

Palabras claves: interdicto de recobrar la posesión, *animus expoliandi*, propiedad horizontal e instalación de ascensor.

Fecha de entrada: 13-04-2013 / Fecha de aceptación: 15-04-2013

POSSESSORY ACTION TO RECOVER POSSESSION: *EXPOLIANDI ANIMUS* AS REQUIREMENT

ABSTRACT

When an action is brought to recover the possession, it is necessary to assess the existence of the conditions, including in some cases the *expoliandi animus*. But bearing in mind that when you are in the area of joint ownership of property subject to the Condominium Act, the Supreme Court, has been sheltering the formation of a kind of servitude for the course of the installation of elevators and the effects on may have exclusive possession works.

Keywords: legal action to recover possession, *expoliandi animus*, condo and elevator installation.

ENUNCIADO

Nos encontramos ante un supuesto en el que, por la poseedora y titular de un local perteneciente a una comunidad de propietarios sometida a régimen de propiedad horizontal, se interpone demanda de juicio verbal solicitando que se reponga el falso techo del referido local al anterior estado, al haber sido parcialmente invadido por el foso construido para la instalación de un ascensor en la finca. La instalación fue aprobada por la junta de propietarios y que tiene como principal causa la edad avanzada de la mayoría de los vecinos, debiendo ponderarse los distintos intereses en juego sin olvidar los requisitos de la acción posesoria instada.

Cuestiones planteadas:

- Acción posesoria de recobrar la posesión: *animus expoliandi* como requisito.

SOLUCIÓN

Ejercita la parte actora acción de recuperación posesoria, a través de la cual interesa que se reponga el techo del local de su propiedad al estado anterior a la realización de las obras de instalación de un ascensor, rehaciendo el forjado del techo del local, así como que se rehaga lo actuado sobre la pared medianera colindante.

La antes llamada «acción de recuperación de la posesión» es un procedimiento posesorio, en tanto su fin inmediato es la protección de una situación posesoria, mas sin olvidar que su finalidad última o mediata es el mantenimiento del orden público y la paz social, evitando así vindicaciones privadas de los derechos, no obstante se califiquen de incontestables.

El artículo 446 del Código Civil establece que si el poseedor fuera inquietado en su posesión, deberá ser amparado o restituido en la misma por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

El artículo 446 del Código Civil, cuando dispone que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y si fuera inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen, venía regulado en los artículos 1.631 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y tiene por finalidad la de mantener la paz jurídica, evitando la realización arbitraria del derecho por el perturbador y, dada la sencillez del procedimiento y la sumariedad del mismo, es inadecuado para resolver cuestiones

complejas o que puedan referirse a la propiedad o posesión definitivas, y de conformidad con la normativa procesal citada, para el éxito de la acción se requerirá la concurrencia de tres requisitos:

- a) Que se halle el o los promovientes en la pacífica posesión o tenencia de la cosa o en el disfrute del derecho.
- b) Que haya sido despojado «caso del interdicto de recobrar», o bien como se ha dicho perturbado en dicha posesión o tenencia por actos del demandado.
- c) Que se presente la demanda antes del transcurso de un año a contar desde el acto que la ocasione, teniendo en cuenta que la resolución que en este trámite se dicte no produce efectos de cosa juzgada material, pudiendo en consecuencia las partes acudir a los procedimientos ordinarios que estimen pertinentes en demanda del reconocimiento definitivo de sus respectivos derechos.

El procedimiento sumario iniciado se configura como un procedimiento de carácter cautelar y conservativo, impidiendo la defensa privada de los derechos en aras al mantenimiento del principio de seguridad jurídica y de protección de las situaciones de hecho. No puede llevarse hasta extremos tales que presten su propia finalidad y acojan situaciones de abuso en la perpetuación de un estado de hecho, de posesión más o menos discutible, que en absoluto merezca amparo judicial, puesto que el amparo provisorio que se pretende mediante el remedio interdictal supone en realidad la protección indirecta del eventual derecho de que dicha posesión es reflejo, de modo que si en el propio cauce sumario se comprueba la inexistencia de derecho posesorio, ha de ser en él donde tal pronunciamiento se lleve a efecto por vía judicial, sin avanzar una solución provisional, necesariamente injusta, para obligar al verdadero perjudicado a acudir a un juicio declarativo donde se restablezca su derecho, perturbado por mérito de una resolución judicial, pues tal solución sería contraria a la exigencia general del ejercicio de buena fe de los derechos y supondrá la efectiva consagración del abuso de derecho proscrito en el artículo 7.1 del Código Civil (SAP de Córdoba, Secc. 2.ª, de 7 de mayo de 2004).

Pues bien, es un hecho pacífico en el procedimiento que la invasión denunciada se ha producido en el falso techo del local de la actora, con la instalación del foso del ascensor, invadiendo el forjado del techo del local, apoyando en la pared medianera que la separa del local colindante.

Así, según el informe del perito aportado por la actora, la comprobación de las dimensiones de la invasión no son exactas por necesitar la realización de una cala en el falso techo, que supondría una invasión del armazón metálico del ascensor de diez centímetros.

Por su parte, el perito que elaboró el informe aportado por la codemandada hace referencia a un máximo de tres centímetros.

Por el perito de la parte actora no se realiza ninguna alternativa a la instalación del ascensor en la forma realizada, explicando el perito de la codemandada que levantar la estructura del ascensor para evitar la invasión obligaría a instalar al menos tres peldaños que supondrían una barrera arquitectónica inasumible a la vista de la finalidad de la instalación del propio ascensor, que es la de acabar con dicha barrera al existir numerosos vecinos de elevada edad.

No ha quedado acreditado que los miembros de la comunidad tuvieran conocimiento claro de la existencia de la invasión, y ello, al no constar que la explicación expresa de tal extremo constara en la junta donde se aprobó la misma instalación; así ha de deducirse del contenido del acta y de la misma declaración de la actora y el dueño del otro local invadido que no interponen la acción quienes manifestaron su oposición tan solo porque, inicialmente, se les incluía como obligados al pago de los gastos de mantenimiento. De ello hemos de deducir una primera conclusión y es la de la ausencia del *animus expoliandi*.

Ha quedado acreditado a su vez que la instalación no ha afectado a la habitabilidad y funcionalidad del local.

A la ausencia del ánimo de expoliación, y a la existencia de acuerdo de la junta para realizar la instalación del ascensor, hemos de añadir la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo sobre los efectos que los titulares privativos de inmuebles afectados por la instalación de un ascensor como liberador de barreras arquitectónicas han de sufrir y que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012, cuando afirma que: «Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los problemas surgidos en aquellas ocasiones en las que la instalación de un ascensor, en aquellos inmuebles que no tienen este servicio, exige la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa, ocupación que con carácter general no va a contar con el consentimiento del propietario afectado. El problema se ha resuelto a partir de la ponderación de los bienes jurídicos que se ven afectados. De un lado el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad, y de otro el de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizará la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble. Establecido por esta Sala que en estos supuestos, en los que es necesaria la ocupación de un espacio privativo, se constituye una servidumbre (SSTS de 22 de octubre de 2010 o 6 de septiembre de 2011). Se ha declarado, con valor de doctrina jurisprudencial, que "[l]a instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo" (STS de 10 de octubre de 2011)».

De todo lo expuesto, y aplicando el principio de la proporcionalidad en el ejercicio de los derechos, se procedería a la desestimación de la demanda, sin perjuicio del derecho de la actora a verse resarcida por la privación consumada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, art. 446.
- STS de 20 de julio de 2012.