



Roj: **STS 2162/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2162**

Id Cendoj: **28079110012013100232**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2013**

Nº de Recurso: **1883/2010**

Nº de Resolución: **273/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11300/2010,**
STS 2162/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Décimo novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 68/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 91 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Sebastián , don Jesus Miguel y don Bartolomé , la procuradora doña Pilar Moyano Nuñez. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Marina de la Villa Cantos, en nombre representación dela Comunidad de Propietarios de la CALLE000 N° NUM000 de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Pilar Moyano Nuñez, en nombre y representación de don Sebastián , don Bartolomé y don Jesus Miguel , interpuso demanda de juicio ordinario, contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 N° NUM000 de Madrid y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde:

1º.- Dejar sin efecto el acuerdo adoptado por la Junta General de la demanda en fecha 17 de septiembre de 2008 al tratar el punto 1º del Orden del día de dicha junta, declarando el mismo contrario a la Ley y a los Estatutos de la comunidad demandada, y gravemente perjudicial los derechos de mis representados.

2º.- Condenar a la demandada a la ejecución de las obras que resulten necesarias para la adecuada reparación de la impermeabilización de la cubierta del inmueble, dejando una vez finalizada dicha reparación las terrazas que conforman la cubierta del edificio en condiciones adecuadas para su uso, conforme a su estado original, todo ello a costa de la mencionada demandada.

3º.- Condenar a la demandada al pago de las costas procesales, con declaración de temeridad en su actuar que expresamente se insta para el supuesto de que se opusieren a la presente.

2.- La procuradora doña Marina de la Villa Cantos, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n° NUM000 de Madrid, contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que declare no haber lugar a la pretensión contraria, desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora.

La procuradora doña Pilar Moyano Nuñez, en nombre y representación de don Sebastián , don Bartolomé y don Jesus Miguel , contestó a la reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró



de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia con desestimación íntegra de la reconvencción, absuelva a mis representados de cuantos pedimentos se efectúan en su contra, con condena en costas a la reconviniente y declaración expresa de su actuar temerario.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 91 de Madrid, dictó sentencia con fecha uno de febrero 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que, estimando en su totalidad la demanda que dió origen al presente procedimiento, interpuesto por la representación procesal de don Sebastián , DON Jesus Miguel y DON Bartolomé contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la CALLE000 NUM000 DE MADRID:*

1.- Se declara la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General de dicha Comunidad de Propietarios en fecha 17 de septiembre de 2008, al tratar el punto 1º del Orden del día de dicha Junta, quedando el mismo sin efecto.

2.- Se condena a la Comunidad de Propietarios demandada a la ejecución a su costa de las obras que resulten necesarias para la adecuada reparación de la impermeabilización de la cubierta del inmueble, dejando las terrazas que conforman la cubierta del edificio, una vez finalizada la obra, en condiciones adecuadas para su uso, conforme a su estado original.

3.- Se condena a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento, respecto de la demanda principal, con declaración expresa de temeridad en su actuar.

Por el contrario y, desestimando en su totalidad la demanda reconvenccional interpuesta por la representación procesal de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la CALLE000 NUM000 DE MADRID contra DON Sebastián y DON Jesus Miguel debo declarar y declaro no haber lugar a lo en ella solicitado, y en consecuencia absuelvo a los citados demandados de las pretensiones contra ellos deducidas.

Se condena igualmente a la Comunidad de Propietarios demandada al pago de las costas causadas como consecuencia de la reconvencción.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la CALLE000 NUM000 DE MADRID , la Sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , D, REPRESENTADA POR LA PROCURADORA SRA. DE LA VILLA CANTOS, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 91 DE MADRID, EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 68/09, SEGUIDO A INSTANCIAS DE D. Sebastián , D. Bartolomé Y D. Jesus Miguel , REPRESENTADOS POR LA PROCURADORA SRA. MOYANO NÚÑEZ, Y REVOCAR LA MISMA EN EL SENTIDO DE DESESTIMAR LA DEMANDA PRINCIPAL E IMPONER LAS COSTAS DE LA MISMA A LOS DEMANDANTES. Y ESTIMAR EN PARTE LA DEMANDA RECONVENCCIONAL CONDENANDO A DON Sebastián Y DON Jesus Miguel AL DESMANTELAMIENTO DE TODAS LAS ESTRUCTURAS INSTALADAS EN LAS TERRAZAS DE DICHS ÁTICOS, REPONIENDO LA CUBIERTA AL ESTADO PRIMITIVO DE LA MISMA, Y ASIMISMO AL PRIMERO DE ELLOS AL DESMANTELAMIENTO DEFINITIVO DE LAS JARDINERAS INSTALADAS EN LA TERRAZA PRIVATIVA. NO SE HACE CONDENAS EN LAS COSTAS DE LA DEMANDA RECONVENCCIONAL NI DE ESTE RECURSO.*

Por auto de fecha 29 de julio de 2010, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva DICE: *No ha lugar a aclarar la sentencia nº 378 dictada por este Tribunal con fecha 13 de Julio de 2010 , que se mantiene en todos sus extremos.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Sebastián , don Jesus Miguel y don Bartolomé , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO.-** Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC , por cuanto la valoración efectuada por el Tribunal a quo de la prueba pericial practicada en el procedimiento vulnera el art. 348 de la LEC , toda vez que es manifiestamente arbitraria, resultando su interpretación ilógica e irrazonable, de modo que no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de mis representados, consagrado en el art. 24 de la Constitución , que por tanto ha sido vulnerado por la sentencia recurrida. **SEGUNDO.-** Al amparo de lo previsto en el ordinal 2º del artículo 469.1. de la LEC en relación con el artículo 218.2 de dicho texto legal , por infracción de las normas reguladora de la sentencia, Infracción que asimismo incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial de mis representados. **TERCERO.-** Al amparo de lo previsto en el ordinal 12º del artículo 469.1 LEC , en relación con el artículo 218.2. de dicho texto legal , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Infracción que asimismo incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mi indicado representado.



Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO.-** Vulneración del art. 7.1. del Código Civil, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial emanada en torno al mismo por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la eficacia vinculante de los actos propios. **SEGUNDO.-** Por vulneración del artículo 396 del Código Civil y la doctrina jurisprudencia sentada en interpretación y aplicación del mismo por la Sala de T.Supremo. **TERCERO.-** Por vulneración del art. 10.1. de la Ley de Propiedad horizontal y doctrina jurisprudencia sentada en interpretación y aplicación del mismo por la Sala Primera del T.Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de mayo de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Marina de la Villa Cantos, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de abril del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El pleito que da lugar al recurso se inició por demanda de tres propietarios de una comunidad de vecinos, sujeta al régimen de la propiedad horizontal, como consecuencia del acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios el día 17 de septiembre de 2008, en el que se trató lo que se denominaba "aclaración sobre el carácter privativo o común de las terrazas de los áticos" y se tomó el siguiente acuerdo objeto de impugnación por los demandantes: "Habiendo tenido conocimiento en la Junta de hoy del carácter privativo de las terrazas de los áticos, corresponde a los propietarios de los áticos los gastos de mantenimiento y conservación de las mismas y no a la comunidad"; en función de ello, la comunidad demandada no adoptó ya acuerdo alguno en orden a la reparación de la impermeabilización del edificio, como también se había solicitado en la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial, dejó sin efecto la del Juzgado, estimatoria de la demanda, y desestimatoria de la reconvenición (se interesaba la condena de los actores a reparar los daños causados a la fachada de la comunidad como consecuencia del uso indebido de las terrazas). Comienza diciendo lo siguiente: *"El carácter de elemento común de la terraza cubierta no puede ciertamente cuestionarse, cosa distinta será, examinar los motivos de las humedades y la responsabilidad que pueda derivarse hacia los que tienen el uso privativo de las mismas"* y que *" para determinar sobre quien ha de recaer la obligación de pago, ha de acudirse a la naturaleza de los gastos a satisfacer, a la obra que se ha realizado y su alcance, de manera que si esas obras o trabajos son ordinarios o normales, de conservación o uso, su importe y ejecución corresponden a los usuarios o titulares de la terraza privativa, por ejemplo los atascos en su sumidero o los daños en su solado, pero si son extraordinarias en tanto que afectantes a un elemento que cumple una función estructural de elemento de cubrición actuando en la práctica en beneficio común al defender del agua a los pisos inferiores, como lo es la impermeabilización existente por debajo de ese solado, o como lo puede ser su entramado estructural, todos deben contribuir a costear la reparación"*, concluyendo que *" En el caso que nos ocupa, como pone de relieve la nota del registro de la propiedad -doc. 2, 3 y 4 de la demanda- las terrazas aparecen como anejo inseparable de cada piso de quienes demandan, lo que desde luego impide otro análisis sobre la calificación de las mismas que no parte de esta consideración, lo que obliga a cada propietario, como extensión de ese derecho, a mantener en buen estado su parte privativa, en este caso, la vivienda y la terraza, anejo inseparable de la misma"*.

El origen de las humedades lo resuelve de esta forma: *" El objeto del informe que se pidió al arquitecto técnico Sr. Jose Ángel era dictaminar las causas de las filtraciones en NUM001 NUM002 y NUM003 y el origen de salitre en las zonas de peto de las fachadas a la altura del último forjado; el perito visita la terraza del NUM001 NUM004 , cubierta del NUM001 NUM003 , y advierte la existencia de jardineras fabricadas in situ, de amplias dimensiones, adosadas al peto de la cubierta interiormente, y en las zonas donde existen las jardineras se advierte florescencias de salitre que evidencian filtraciones de dichas jardineras al exterior, y se refieren asimismo como causas de las humedades del NUM000 NUM003 la ineficacia de las impermeabilizaciones de la cubierta y de la jardinera de fábrica situada encima de ella, lo que le lleva a concluir que están fallando ambas impermeabilizaciones; al mismo tiempo, dice que no se advierten daños en la fachada ni en las viviendas NUM001 NUM005 y NUM006 en cuya terraza nunca ha habido maceteros."*



Niega la existencia de un fallo generalizado en la tela asfáltica del edificio, sino aceleración de su deterioro y acortamiento de su vida útil por culpa de los propietarios de los áticos NUM001 NUM002 y NUM004 .

En cuanto al origen de las filtraciones del NUM001 NUM002 , afirma, que se encuentran en el deterioro de la jardinera de diseño del propio edificio.

Por su parte el perito Sr. Darío , -doc. 9 de la demanda- dice que la tela asfáltica del edificio tiene más de 30 años, y su vida útil no suele sobrepasar los diez años; del mismo parecer es el dictamen del perito Sr. Iván , que concluye en la existencia de un fallo generalizado de la lámina impermeabilizante (doc. 13 de la demanda).

Visto el carácter privativo de las terrazas y la naturaleza de las humedades, ha de estimarse el recurso, y mantener en consecuencia el acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios a que se refería la demanda inicial".

Los demandantes formulan un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. El primero viene referido a la infracción del artículo 348 de la LEC , respecto de la valoración de la prueba pericial, que resulta a su juicio ilógica y arbitraria por cuanto los informes periciales se manifiestan de forma unánime en que la lámina de impermeabilización del inmueble se encuentra en situación de ruina funcional, siendo dicha circunstancia causante de la aparición de humedades en los pisos inferiores.

Se estima.

Pese a que el artículo 348 LEC confíe la valoración de la prueba pericial a la sana crítica del juzgador de instancia y por ello tal valoración no es en general revisable por esta Sala, en el caso examinado se cumple el requisito, siempre exigido por la jurisprudencia para que sí sea posible su revisión, de resultar ilógica o irrazonable: en primer lugar, el informe del perito Sr. Jose Ángel se hace para determinar las filtraciones en las viviendas NUM001 NUM002 y NUM003 , en ningún caso se refiere a las viviendas NUM001 NUM005 y NUM006 , ni a los daños que pudiera presentar ni a si hubo o no maceteros. En segundo lugar, tampoco sostuvo que existiera un fallo generalizado en la tela asfáltica del edificio, ni aceleración de su deterioro y acortamiento de su vida útil por culpa de los propietarios de los áticos NUM001 NUM002 y NUM004 . Lo que dijo es que las manchas de salitre en la fachada, tienen su origen en filtraciones de agua producidas por las jardineras de fábrica, adosadas al peto y que las manchas de la vivienda NUM001 NUM002 la origina la filtración de agua de lluvia que capta una jardinera ornamental de fachada, al haberse deteriorado su impermeabilización, mientras que las humedades en la vivienda NUM001 NUM003 , las de mayores daños, se debe a la ineficacia de las impermeabilizaciones de la cubierta. Por los años transcurridos desde que se construyó el edificio y las características de los materiales empleados - concluye-, "es probable que esta haya llegado a al final de su vida útil, por lo cual sugiero que se vaya pensando en sustituir o implementar, otra nueva membrana que evite con garantías las acciones de agua". En tercer lugar, al referir las actuaciones a realizar en la cubierta para corregir las filtraciones en las viviendas NUM001 NUM002 y NUM001 NUM003 , ninguna se vincula a la propiedad de los áticos, sino a la jardinera comunitaria o a la jardinera o jardineras ubicadas en la vertical del contorno de la vivienda.

En definitiva, el origen de las humedades es coincidente en lo sustancial del que resulta de los otros dos informes Don. Darío , expresivo de que la tela asfáltica del edificio tiene más de 30 años, y su vida útil no suele sobrepasar los diez años, y Don. Iván , que concluye en la existencia de un fallo generalizado de la lámina impermeabilizante.

La estimación del motivo hace innecesario el examen de los otros dos sobre falta de motivación de la sentencia respecto de la obligación de los propietarios de ejecutar obras de reparación de la impermeabilización del inmueble y desmantelamiento de maceteros, resolviendo el recurso de casación teniendo en cuenta lo que se alega como fundamento del mismo.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- Se formulan dos motivos referidos, el primero, a la naturaleza común de aquellos elementos que forman parte de la estructura de la finca (artículo 396 CC), en relación con la doctrina de los actos propios, y la jurisprudencia que cita en ambos casos, el segundo, por cuanto la comunidad adoptó en el seno de su Junta General determinados acuerdos en el que asumió el pago de los gastos de reparación de humedades procedentes del mal estado de la tela asfáltica y en la mala ejecución de la obra, siendo durante años plenamente consciente de su obligación de reparar un elemento común del inmueble, como es la cubierta.

Se estiman.



Ciertamente, la sentencia confunde la terraza con un elemento común de impermeabilización, como es la cubierta del inmueble. No son las terrazas el elemento necesitado de reparación, ni causante de las humedades, ni era, en definitiva, el objeto de la controversia. Las terrazas de los edificios constituidos en el régimen de propiedad horizontal son elementos comunes por destino, lo que permite atribuir el uso privativo de las mismas a uno de los propietarios. Lo que no es posible es atribuir la propiedad exclusiva en favor de algún propietario, de las cubiertas de los edificios configurados en régimen de propiedad horizontal donde se sitúan las cámaras de aire, debajo del tejado y encima del techo, con objeto de aislar del frío y del calor y que resulta ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios tal como los cimientos o la fachada del edificio por ser el elemento común que limita el edificio por la parte superior. La cubierta del edificio no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (SSTS 17 de febrero 1993 , 8 de abril de 2011 ; 18 de junio 2012 , entre otras).

El hecho de que los daños que se causaron se deban al mal estado de la tela asfáltica, que asegura la impermeabilización del edificio, y que esta se encuentre situada bajo el suelo de la terraza que sirve de cubierta del edificio, determina su naturaleza común al ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios, por lo que su reparación constituye una obligación propia, como ya la había reconocido anteriormente, según lo acordado en la Junta General de 14 de abril de 2005, asumiendo el pago de los gastos de reparación de humedades procedentes del mal estado de la tela asfáltica y de una mala ejecución de la obra.

CUARTO.- El tercer motivo no es sino el corolario lógico de los anteriores respecto a la infracción del artículo 10.1 de la LPH y la obligación de la comunidad de propietarios de mantener en adecuadas condiciones el inmueble pues, se insiste, no son las terrazas, sino la impermeabilización del inmueble lo que originó el daño.

QUINTO.- Lo expuesto implica asumir la instancia y confirmar en su integridad la sentencia de 1ª Instancia, incluido el pronunciamiento sobre costas. Se imponen también a la Comunidad de propietarios las costas del recurso de apelación, y no se hace especial declaración de las causadas por los recursos ahora examinados; todo ello en correcta aplicación de lo dispuesto en el 398.1, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero.- Estimar los recursos por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora Doña Pilar Moyano Núñez, en la representación que acredita, contra la sentencia dictada por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 13 de julio de 2010 , que se casa.

Segundo.- Se confirma en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 91 de Madrid, de fecha 1 de febrero de 2010 , en juicio ordinario número 68/2009, incluido el pronunciamiento sobre costas.

Tercero.- Se condena a la demandada-reconviniente al abono de las costas causadas por el recurso de apelación y no se hace condena en costas en los recursos por infracción procesal y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.