



Roj: **STS 2779/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2779**

Id Cendoj: **28079110012016100385**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2016**

Nº de Recurso: **1244/2014**

Nº de Resolución: **318/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3235/2014,**
STS 2779/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, interpuestos contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2014, por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación nº 202/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 671/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 y don Claudio, representados por el procurador de los Tribunales don Santiago Chippirrás Sánchez. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Fernando y doña Felicidad, representados por la procuradora doña Carmen Olmos Gilsanz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Fuensanta López Olgado, en nombre y representación de don Fernando y doña Felicidad, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 de Pozuelo de Alarcón y contra don Claudio. En el suplico de la demanda solicitaba al Juzgado:

«1.- Se declare la nulidad del acuerdo impugnado, Punto Tercero de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 20 de abril de 2010, lucernarios, aprobado por mayoría por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 de Pozuelo de Alarcón (Madrid), cuando para dicho acuerdo es necesario, la unanimidad, al estar contruidos los lucernarios en la cubierta del edificio, por lo que modifica el Título Constitutivo y los Estatutos del edificio.

2.- Se condene al demandado D. Claudio, propietario del piso NUM003 a que realice a su costa, las obras necesarias para el derribo y demolición de los cuatro lucernarios contruidos por él en la cubierta del edificio, así como, las obras precisas para dejar dicha cubierta en su primitivo estado.

3.- Que se condene a los demandados al pago de las costas de la presente litis dada su temeridad y mala fe.»

2.- Por Decreto de 16 de noviembre de 2010, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes.

3.- El procurador don Santiago Chippirrás Sánchez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 de Pozuelo de Alarcón



«...por contestada en tiempo y forma la temeraria demanda presentada de contrario, y previos los trámites legales, dictar en su día sentencia por la que estimando la excepción de falta de legitimación activa "ad causam" y entrando a conocer del fondo del asunto, se desestime íntegramente las pretensiones formuladas contra mis mandantes, absolviendo a los mismos y con expresa imposición de costas a la actora, por su evidente mala fe y por ser preceptivo legal.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón dictó sentencia el 30 de julio de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales doña Fuensanta López Olgado actuando en nombre y representación de don Fernando y doña Felicidad contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 de Pozuelo de Alarcón y don Claudio , debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos aducidos de contrario, y ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Fernando y doña Felicidad , correspondiendo su resolución a la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 28 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 30 de julio e 2012 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Pozuelo de Alarcón, dictada en el procedimiento del que dimana este rollo. Revocamos dicha resolución y, por la presente,

Primero. Estimamos la demanda origen de esta litis y declaramos la nulidad del acuerdo del punto tercero del orden del día de la junta general extraordinaria de la Comunidad de propietarios de la CALLE000 , número NUM002 , de Pozuelo de Alarcón, celebrada el 20 de abril de 2010, aprobado por mayoría, del siguiente tenor:

"A la pregunta si autorizan o no la utilización de los lucernarios del piso NUM003 en uso privativo para el aprovechamiento energético, el resultado fue:

"-13 votos a favor de su autorización.

"-2 en contra, propietarios de las viviendas NUM004 y NUM005 .

"A la pregunta ¿ Va a tomar la Comunidad alguna medida encaminada al cierre de los lucernarios abiertos por el vecino del NUM003 ?

"-13 votan que no se tomen medidas.

"-2 votan que deberían tomarse medidas (propietarios de las viviendas NUM004 y NUM005).

"Queda autorizada la utilización de los lucernarios existentes por parte del piso NUM003 para su aprovechamiento energético, siendo de exclusiva cuenta y cargo de dicho propietario todos los gastos que se deriven de esta autorización, así como de los gastos de conservación futuros ";

Segundo. Condenamos al demandado don Claudio , propietario de la vivienda NUM003 del edificio, a que realice a su costa las obras necesarias para el derribo y demolición de los cuatro lucernarios (o un lucernario y tres claraboyas) construidos por él en la cubierta del edificio, así como a ejecutar las obras precisas para dejar la cubierta en su primitivo estado.

Tercero. Con condena a los demandados a pagar las costas de la primera instancia.

No hacemos pronunciamiento sobre las costas de la apelación.»

2.- Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, la representación procesal de La Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 y don Claudio , con base en los siguientes motivos:

Recurso de casación:

Motivo primero: se denuncia la infracción de los artículos 5 , 10. 4 , 14 e) y 17, apartados 2 y 3 LPH

Motivo segundo: se alega infracción de los arts. 396 del CC , 3 y 14 de LPH ,

Recurso extraordinario por infracción procesal:

Motivo primero: se alega, al amparo del art. 469.3 º y 4º de la LEC la infracción de los arts. 412 , 413 y 456 de la LEC en relación con el art. 218 de la LEC .



Motivo segundo: al amparo del art. 469.2 º, 3 º y 4º de la LEC , se sostiene la infracción de los arts. 216 , 218 y 400 de la LEC y 24 de la CE .

Motivo tercero: se denuncia, al amparo del art. 469.2 º, 3 º y 4º de la LEC la vulneración de los arts. 209 , 216 , 218 , 326 , 348 y 337 de la LEC , 24 de la CE .

3.- La Sala dictó Auto el 6 de mayo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 de Pozuelo de Alarcón y de don Claudio contra la sentencia dictada, con fecha 28 de febrero de 2014 aclarada por auto de 27 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 202/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 671/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón.»

4.- La representación procesal de Fernando y doña Felicidad , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

5. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 26 de abril del presente año en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La parte actora ejercita dos acciones acumuladas: (i) la acción impugnatoria de los acuerdos adoptados en el punto tercero del Orden del Día de la Asamblea General de 20 de abril de 2010, dirigida contra la Comunidad de Propietarios; (ii) la acción instando la reposición de la cubierta del inmueble a su estado primitivo, dirigida frente a don Claudio .

2.- El acuerdo que se impugna se adoptó en fecha 20 de abril de 2010, tras la celebración de una Junta extraordinaria de propietarios en que, sometida a debate la pertinencia de autorizar al propietario del piso NUM003 para el uso privativo y aprovechamiento energético de los lucernarios abiertos sobre su vivienda en el año 2001, se acordó por mayoría conceder la referida autorización. Consecuentemente, se acordó asimismo por mayoría, no tomar ninguna medida encaminada al cierre de los referidos lucernarios. Ambos acuerdos, recogidos en el apartado tercero del acta de la Junta, se alcanzaron con un total de 13 votos a favor, y 2 en contra, habiendo votado en contra los demandantes.

3.- La parte actora funda las pretensiones de ambas acciones en la exigencia de unanimidad para la autorización acordada por la Comunidad de Propietarios, reunida en Junta General Extraordinaria. En concreto alega: «que la autorización tendente a la utilización de los lucernarios es contraria al principio de seguridad jurídica y al instituto de la cosa juzgada, puesto que ya se promovió un procedimiento judicial entre las mismas partes en el año 2001, en el que los actores instaron la nulidad del acuerdo por el que se autorizó la apertura de los referidos apertura un elemento común del edificio, cuál es la cubierta, sin contar para ello con el consentimiento unánime de los propietarios, resolviendo el Tribunal Supremo a favor de los actores en sentencia 576/2009, de 16 de julio de 2009 , en la que dispuso que a partir de la construcción de los lucernarios, no solo se altera la cubierta, sino que pasa esta a ser privativa en parte de unos propietarios en perjuicio de los demás, a los que se priva de su parte proporcional en la misma y se les ocasiona la sustracción de su derecho patrimonial de vuelo, por lo que la prohibición y el perjuicio resulta evidente, necesitando para su aprobación el acuerdo unánime de los propietarios, sin que sea suficiente la mayoría.»

4.- Las partes codemandas se oponen a la demanda alegando, respecto de la primera acción ejercitada que el punto tercero del acuerdo impugnado no tiene por objeto autorizar la utilización de los lucernarios abiertos en su día, sino el aprovechamiento energético de los mismos, que ha sido acordado con estricto cumplimiento del régimen de mayorías previsto en el artículo 17 de la LPH , manifestando que está implícito en el nuevos sistema de mayorías, que para instalar los dispositivos de ahorro energético se acuerde la utilización de espacios comunes. En relación con la segunda acción ejercitada por los demandantes, alega en primer lugar la parte demandada, que dado que ha sido autorizada la utilización de los lucernarios para aprovechamiento energético con una mayoría de votos superior incluso a la requerida, no procede condenar al Sr. Claudio a ejecutar a su costa las obras para la reposición de la cubierta del edificio. Afirmo asimismo la parte demandada, que concurre la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes en relación con la acción dirigida frente al Sr. Claudio , puesto que para que un copropietario pueda ejercer acciones en nombre de la Comunidad



a la que pertenece sin el consentimiento de ésta, es necesario que dicha acción se ejercite en beneficio de la Comunidad, y no en beneficio propio como ocurre en el presente supuesto.

5.- La sentencia del juzgado de primera instancia, con cita de la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1970 y de la del TC 115/1999, de 14 de junio, desestimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados, por cuanto cada propietario puede ejercitar las acciones pertinentes para defender en caso de pasividad o incluso de oposición del presidente y el resto de partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido de su participación indivisa en los elementos comunes, legitimación que le viene atribuida en supuestos en que las instalaciones objeto de contienda requiere un acuerdo unánime de todos.

6.- Tampoco acogió esta sentencia la excepción de cosa juzgada material alegada por los demandantes. Afirma que el acuerdo que aquí se impugna difiere del alcanzado el 12 de diciembre 2001, sobre el que decidió el TS en la sentencia citada. Lo que aquí se debate es si los dispositivos instalados por el señor Claudio para la mejora de la eficiencia energética de su vivienda pueden ser autorizados sin exigirse la referida unanimidad. Por tanto, se trata de dilucidar si la apertura de lucernarios en un elemento común, como es la cubierta del edificio, puede ser autorizada por un tercio de los propietarios que representen un tercio de las cuotas de participación de la Comunidad, en el caso de que dichas obras supongan una mejora en la eficiencia energética del inmueble, y ello a la luz de la reforma operada por la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética del edificio.

7.- Esta Ley, según la sentencia, introdujo en el artículo 17 LPH los apartados tercero y cuarto, estableciéndose en el primero de ellos la posibilidad de establecer sistemas que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética del inmueble, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos mediante el voto favorable del tercio a que se ha hecho mención. Así pues, la validez o nulidad del acuerdo dependerá de la calificación que merezca las obras ejecutadas por el señor Claudio, ya que en la medida que suponga la mejora de la eficiencia energética de su inmueble no será precisa la autorización por unanimidad, a pesar de afectar tales obras al título constitutivo.

8.- Partiendo de tal presupuesto jurídico concluye que: (i) los referidos lucernarios constituyen el soporte para la colocación de los dispositivos; (ii) la instalación de una ventana con cristales tipo IPL y de los dispositivos de aprovechamiento de energía solar contribuyen a mejorar la eficiencia energética del inmueble al reducir las necesidades de consumo de energía para aclimatar e iluminar artificialmente la vivienda del codemandado; (iii) los huecos se abrieron sobre zonas que originariamente no tenían luz natural; (iv) con tales datos el perito informa que el ahorro energético total lo valora en un 53% anual.

9.- Corolario de todo ello es que la sentencia de primera instancia desestime la demanda.

10.- Contra la anterior sentencia sólo interpuso recurso de apelación la parte actora, limitándose la parte demandada a oponerse a él, pero sin impugnar la sentencia, correspondiendo su conocimiento a la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 28 de febrero de 2014 por la que, estimando el recurso de apelación, revocaba la sentencia de la primera instancia y, por ende, estimaba la demanda origen de la litis.

11.- La motivación del tribunal de apelación en lo relevante para el recurso fue la que sigue: (i) Las partes demandadas denunciaron que los apelantes habían introducido en la apelación cuestiones nuevas, cuales son la falta de prueba de que los lucernarios e innovaciones efectuadas supongan efectivamente un ahorro de energía, cuestión que no se había alegado en la demanda. La sentencia recurrida razona que si el alegato defensivo de las partes demandadas era eludir la unanimidad en el acuerdo impugnado por obedecer a una mejora en la eficacia energética, correspondía a ellas, por introducirlo en el objeto del debate, probar que las obras e instalaciones para tal finalidad constituían una efectiva mejora, y hasta tal punto fue así que la razón de decidir (*ratio decidendi*) de la sentencia de primera instancia para desestimar la demanda fue dar como probado ese extremo; (ii) Entiende el tribunal concedor del recurso de apelación, tras valorar la pericial venida a autos a instancia de las partes demandadas, que no puede admitirse, según criterios de experiencia común, que las cuatro aperturas en la cubierta sobre lo que son los dos baños, el vestíbulo de entrada y el office de la vivienda cuarto D del edificio, procuren un ahorro energético total de un 53% anual; (iii) La mejora consiste en el lucernario grande, con cristal tipo ILP, con vidrio laminado 3+3, cámara de gas argón de 14,5 mm y vidrio templado de 4 mm, y las claraboyas provistas de un sistema de captación de luz solar y que, concentrada en el interior del tubo colocado, se refleja en el material acrílico y se proyecta a través de un difusor sobre el espacio cuya iluminación se pretende.

12.- Las partes demandadas interpusieron recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 477 LEC en relación con el art. 477.2 de la misma, en los términos que más adelante se recogerán, y también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal.



13.- La Sala dictó auto el 6 de mayo de 2015 admitiendo ambos recursos y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.*

Se denuncia la infracción de los artículos 5 , 10. 4 , 14 e) y 17, apartados 2 y 3 LPH , introducido por la Ley 19/2009 de 23 noviembre, art. 3.1 CC y del principio general del derecho relativo a que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, recogido en SSTs de 20 julio de 2012 , 20 de febrero de 1993 y 11 de mayo de 1994 . Se argumenta que se entiende cometida la infracción por la sentencia recurrida al negar efectividad al ahorro energético consecuencia de la instalación de dispositivos colocados a tal fin a los efectos de aplicación de la mayoría necesaria para la validez del acuerdo que se impugna.

Y ello por cuanto si bien la sentencia recurrida reconoce la existencia de ahorro energético consecuencia de la instalación de dispositivos destinados a tal fin, sin embargo estima que no queda acreditado que pueda cuantificarse en el 53% anual indicado en el informe pericial o que tal ahorro pueda entenderse relevante a los efectos de aplicación de la mayoría necesaria para su validez, cuestionando la parte recurrente que si el artículo 2 y 3 LPH no indica una medida determinada de eficiencia energética o una limitación de los dispositivos de ahorro, pueda dejarse tal valoración al arbitrio del tribunal, máxime cuando nunca fue una cuestión controvertida.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- A juicio de la parte recurrente el principio general del derecho relativo a que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, se ha de circunscribir al contenido de los apartados 2 y 3 del art. 17 LPH , según la redacción introducida por la Ley 19/2009, de 23 noviembre, que era la vigente a la fecha en que se adoptó por la Junta de Propietarios de la Comunidad el acuerdo que se impugna. Como tales apartados no precisan el grado de mejora de eficiencia energética que justifica la modificación del título constitutivo, concluye que por mínimo que sea aquel autoriza tal modificación, pues la ley no distingue y no cabe, por ende, el arbitrio judicial para decidir si el grado de mejora de eficiencia energética, por ser escaso, no justifica una afectación de los elementos comunes o, si la justifica, sobre cuáles y en qué grado.

2.- Olvida, sin embargo, la recurrente que la citada Ley introduce la modificación que se ha citado con el fin, según su Preámbulo, de «incrementar la eficiencia energética de los edificios en España, tras los significativos avances logrados en los últimos años con la aprobación de las normas técnicas básicas sobre los requerimientos mínimos y la certificación de eficiencia energética de edificios», pero sin que modifique todo el amplio cuerpo normativo de la Ley de Propiedad Horizontal sobre la regulación acerca de elementos privativos y comunes; creación del título constitutivo y su modificación; modificaciones que puede llevar a cabo el propietario sobre su piso o local; obligaciones de los propietarios, entre las que se incluye el respeto a los elementos comunes; todo lo relativo a innovaciones o nuevos servicios así como sobre obras que alteren la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes; y en fin, todo a título meramente enunciativo, lo relativo a los órganos de gobierno de la comunidad, incluido lo atinente a la toma de acuerdos. Queremos con ello llamar la atención sobre la necesidad de una interpretación armónica de la Ley, huyendo de lecturas aisladas de preceptos o apartados de preceptos de ella, porque se correría el riesgo de, persiguiendo loables fines, adaptados a la realidad social, causar perjuicios que no resisten un adecuado juicio de ponderación y proporcionalidad.

3.- Por ello la sentencia recurrida hace el juicio que hace sobre el informe pericial, acudiendo a la sana crítica con aplicación de máximas de experiencia, y por eso entiende que no es cuestión nueva decidir sobre tal extremo en la apelación, ya que quien introdujo ese extremo en el debate de la primera instancia fue la parte demandada, que, a su vez, aportó a autos el informe pericial y éste fue objeto de análisis y valoración por la Juzgadora unipersonal. Como tiene declarado la Sala (STS de 10 de marzo de 2003, Rc. 989/2003) con la formulación del recurso de apelación se traslada al Tribunal de segunda instancia el conocimiento de las cuestiones expresamente planteadas en el recurso y también el conocimiento de aquellas cuestiones que razonablemente han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto del objeto de impugnación. Tal cuestión implícita, fruto de la interpretación teórica de la Ley y de la ponderación y juicio de proporcionalidad de los intereses coincidentes, ha sido el objeto de enjuiciamiento y decisión de la sentencia recurrida.

4.- En la STS de 10 de marzo de 2016, Rc. 268/2014 , se afirmaba que «constituye un hecho incuestionable la posibilidad de actualizar las edificaciones de uso predominante residencial mediante la incorporación de nuevos servicios e instalaciones para hacer efectiva la accesibilidad y movilidad de los inquilinos». Pero se cuestionaba si esa necesidad, que en este caso era de instalación de ascensor, era un derecho de la Comunidad



sin limitaciones, por el que, existiendo el quórum legal exigido, se pueda obligar a un copropietario a ceder parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor. La respuesta como sucede en el supuesto que aquí decíamos, fue afirmativa pero con matices. Y así se decía que «se ha de partir de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos...», lo que, traducido a este supuesto, significa examinar qué alcance tiene el elemento común afectado y que eficiencia energética individual es la perseguida.

5.- Según informa el perito en el piso NUM003 de la CALLE000 número NUM002 , propiedad de don Claudio , se hallan abiertos cuatro huecos en el techo de la vivienda, tres de ellos con una dimensión aproximada de 35 cm de diámetro y otro de una dimensión aproximada de 1,14 mm x 1,40 mm. Se trata, pues de lucernarios o claraboyas abiertas en el techo de la vivienda que constituye la cubierta plana del inmueble constituido en propiedad horizontal, esto es, se trata de una terraza en la cubierta.

6.- La Sala, (SSTS de 8 abril 2011 y 18 junio 2012) tiene declarado que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. La Sala ha declarado que las terrazas, son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación, Pero ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011, RC 620/2007).» La cubierta del edificio (STS de 24 abril de 2013, Rc. 1883/2010) 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 de 17 de febrero de 1993 , 8 abril de 2011 , 18 de junio de 2012 , entre otras). Esto último no es el caso aquí contemplado.

7.- Se compadece con lo expuesto lo decidido por la Sala sobre estos mismos huecos, en sentencia de 16 de julio de 2009, Rc. 63/2005 , cuando afirma que: « Las obras ejecutadas por los propietarios del piso NUM001 en la cubierta del edificio nunca pudieron ser aprobadas por mayoría. Su instalación no comporta una simple manifestación de la posesión de a vivienda o local de negocio y un uso inocuo de un elemento común autorizado por el artículo 394 del CC , antes al contrario, son obras que afectan a un elemento común básico, como es la cubierta del edificio, que ocasionan la modificación del Título Constitutivo y que exceden del derecho de uso y disfrute que todo propietario tiene respecto a los elementos comunes en la propiedad horizontal, porque a partir de la construcción de los lucernarios, no solo se altera la cubierta, sino que pasa esta a ser privativa en parte de unos propietarios en perjuicio de los demás, a los que se priva de su parte proporcional en la misma y se les ocasiona la sustracción de su derecho patrimonial de vuelo, por lo que la prohibición y el perjuicio resulta evidente, necesitando para su aprobación el acuerdo unánime de los propietarios, sin que sea suficiente la mayoría.»

Se colige que, aunque en el ámbito jurisprudencial se fue superando la norma de la unanimidad en supuestos concretos de abuso patente y en el legislativo con reformas puntuales, lo cierto es que la unanimidad no ha desaparecido, aunque vaya teniendo un carácter residual, exigiéndose cuando se trata de cambiar la configuración, constitución o normas esenciales del inmueble, pero no, y no es el caso, según autorizada doctrina, si se trata de obras menores.

8.- Una vez que se ha expuesto la trascendencia de la obra efectuada, sobre un elemento común tan importante como es la cubierta del edificio, corresponde analizar, en el juicio de ponderación al que hacíamos mención, qué eficacia energética es la perseguida, bien entendido que la Sala no desconoce que la eficiencia energética y la sostenibilidad medioambiental de los edificios son una pretensión constante en los últimos años, como se aprecia en el art. 1c) LOE, en el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, en el Plan de Energías Renovables 2011-2020, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 y Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011. Todo ello acorde con la Directiva 2009/28/ CE y con el mandato del Real Decreto 661/2007.

9.- El informe pericial describe los dispositivos colocados y la función energética que cumple, recogiendo lo siguiente:

«Los dispositivos colocados en los huecos reseñados son de dos tipos distintos:

- Sobre el de mayor tamaño se haya dispuesta una ventana, con una solución adecuada para garantizar tanto estanqueidad como la iluminación natural del office.



La ventana dispone de un cristal instalado tipo IPL, con vidrio laminado 3+3, cámara de gas argón de 14,5 mm. y vidrio templado de 4 mm., con recubrimiento aislante de protección solar. Esta instalación ha sido ejecutada a principios de 2011, según la documentación exhibida a este perito.

El acristalamiento descrito ofrece excelentes prestaciones térmicas, acústicas, de seguridad y de protección solar. La eficiencia energética en cuanto a la climatización del espacio interior es elevada.

Todo ello es la consecuencia de sus características técnicas:

- o Transmisión térmica $U_g = 1,1 \text{ W (m}^2\text{K)}$
- o Coeficiente de transmisión térmica $U_w = 1,4 \text{ W/(m}^2\text{k)}$
- o Coeficiente de atenuación acústica $R_w = 35 \text{ db}$
- o Coeficiente de transmisión de luz $\% t_v = 45\%$
- o Coeficiente de transmisión de rayos ultravioleta $r_{uv} = 5\%$
- o Coeficiente de transmisión total de radiación solar $g = 28\%$

- Sobre los otros tres huecos se ha dispuesto, hace más de un año, un sistema de captación de la luz solar y que concentrada en el interior del tubo colocado, se refleja en el material acrílico que recubre el tubo y se proyecta a través de un difusor sobre el espacio, cuya iluminación se pretende. Este sistema produce un adecuado rendimiento en la transmisión de la luz natural e ilumina el espacio interior.

Los sistemas de iluminación empleados, sustituyen la iluminación artificial durante determinados períodos del día, aún en supuestos de nubosidad.»

Sin embargo, y ello es esencial, reconoce que dichos huecos se disponen en zonas originariamente sin iluminación natural: dos baños, el vestíbulo de entrada a la vivienda y el office.

Si se interrelacionan tales datos la conclusión a la que se llega es que lo pretendido no ha sido mejorar la eficiencia energética de la vivienda, sino llevar a cabo una modificación estructural esencial de la misma, destinando ciertas estancias de ella a fines no proyectados, como se colige fácilmente de que careciesen de luz natural. Lo único que se consigue con los dispositivos en cuestión es que exista luz natural en donde no se encontraba proyectada, por cuanto la solución arquitectónica para conseguirla no era otra que abrir huecos e instalar lucernarios en la cubierta plana del edificio.

Ello supone una sustancial modificación del título constitutivo que requiere unanimidad.

El motivo, pues se desestima.

CUARTO.- *Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.*

En el motivo segundo, la parte recurrente alega infracción de los arts. 396 del CC, 3 y 14 de LPH, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la legitimación *ad causam* de los propietarios en el ejercicio de acciones en defensa de la comunidad contenida en STS de 14 de mayo de 2007 y 23 de diciembre de 2005 y de la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho contenida en SSTS de 15 de noviembre de 2010 y 17 de noviembre de 2011. En este motivo se alega que la condena del recurrente a ejecutar las obras precisas para dejar la cubierta en su primitivo estado afecta al derecho de copropiedad existente sobre la cubierta debiendo delegarse las facultades decisorias sobre todos los asuntos de interés general o comunitarios a la junta general de propietarios y sin que pueda un comunero actuar solo si no lo hace en beneficio de la comunidad sino con oposición de la misma, como sucede en este caso, en el que el acuerdo es respaldado por la mayoría de los propietarios que integran la comunidad, suponiendo un verdadero abuso de derecho por parte del demandante que tampoco obtiene ningún beneficio de ello.

QUINTO.- *Decisión de la Sala.*

El motivo debe desestimarse.

1.- Respecto de su primera pretensión porque la sentencia de primera instancia desestimó la falta de legitimación activa excepcionada, sin que la parte demandada que la opuso, al recurrir la parte actora la sentencia, hiciese uso de la facultad de impugnar la resolución apelada en lo que le resultaba desfavorable, según le permite el art. 461.1 LEC (STS de 6 de marzo de 2014, Rc. 40/2012). Ello provocó que la sentencia de apelación no se pronunciase sobre tal extremo, por lo que difícilmente se puede recurrir en casación algo sobre lo que no ha recaído decisión en la sentencia recurrida, debiéndose recordar que la sentencia que se recurre es la dictada en el recurso de apelación y no la de la primera instancia.



2.- En cuanto al pretendido abuso de derecho basta con traer a colación la respuesta que ya mereció la parte por esta Sala en la sentencia de 16 de julio de 2009 que decidió el litigio precedente. Se alegó infracción de los artículos 7 CC y 14 CE y la Sala afirmó que: «Es cierto que las reglas para la aprobación de acuerdos comunitarios han de ser objeto de una interpretación adecuada a la realidad social actual, como autoriza el artículo 3 del Código Civil, para evitar supuestos de abuso notorio del derecho, que impidan lograr la más ordenada convivencia de los cotitulares y preservar la paz vecinal (SSTS 13 de marzo de 2003 ; 19 de diciembre de 2008). Ahora bien, son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo, y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado (SSTS 8 de mayo y 28 de noviembre de 2008), y es plenamente legítimo y serio y en ningún modo excesivo o anormal, el interés de los comuneros disidentes de que no se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de uno de ellos, a partir de un acuerdo de cuya adopción es responsable la comunidad demandada, haciendo uso del derecho que le concede la normativa de la propiedad horizontal para impedirlo.»

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEXTO.- *Se articulan tres motivos:*

En el motivo primero se alega, al amparo del art. 469.3º y 4º de la LEC la infracción de los arts. 412, 413 y 456 de la LEC en relación con el art. 218 de la LEC, por haber introducido en el recurso de apelación cuestiones que no fueron objeto de discusión en la instancia, tales como la discrepancia del demandante con la naturaleza de las obras para cuya ejecución se solicita la autorización comunitaria o con el hecho de que las mismas procuren o no mejora de la eficiencia energética del piso del propietario solicitante o, en su caso, que tal ahorro energético sea mínimo o insignificante a los efectos de obtener las mayorías necesarias para la validez de la autorización, cuestión que fue denunciada en el escrito de impugnación del recurso presentado de contrario. En el motivo segundo, al amparo del art. 469.2º, 3º y 4º de la LEC, se sostiene la infracción de los arts. 216, 218 y 400 de la LEC y 24 de la CE, denunciando que los demandantes ni en su demanda, ni en los documentos acompañados a la misma ni en el momento de la celebración de la asamblea cuestionaron la naturaleza de las obras cuya autorización pretendió y obtuvo el codemandado, manteniendo únicamente la necesidad de obtener el voto favorable unánime al acuerdo que autoriza la utilización privativa para el aprovechamiento energético por afectar al elemento común de cubierta del inmueble y la existencia de cosa juzgada material, introduciendo de manera novedosa en el recurso de apelación el tema de la prueba por la parte demandada de la existencia del ahorro energético que dice obtener. En el motivo tercero se denuncia, al amparo del art. 469.2º, 3º y 4º de la LEC la vulneración de los arts. 209, 216, 218, 326, 348 y 337 de la LEC, 24 de la CE y del principio de seguridad jurídica, cuestionando en definitiva la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, en especial la pericial, para concluir que ha efectuado una revisión parcial, aislada y arbitraria de las pruebas practicadas en lugar de una valoración conjunta.

SÉPTIMO.- *Decisión de la Sala.*

Los tres motivos han de ser desestimados acudiendo a los razonamientos de la Sala al dar respuesta al motivo primero del recurso de casación.

En esencia la parte actora lo que postula es la nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios por el que autoriza la apertura de los huecos, que por cierto se abrieron y luego se instó la autorización, por entender que por afectar gravemente a un elemento común requiere que exista unanimidad en su adopción, ya que se da una afectación esencial del título constitutivo.

La parte demandada se defiende alegando que basta con el quorum previsto para la mejora de la eficiencia energética, hasta el punto de ser ella quien aporta el informe pericial en el que se fija en qué grado se mejora y cómo.

Lo que la Sala recoge y se colige también de la recurrida, es que para decidir sobre la cuestión no basta con acudir al *quorum* que sirve de referencia a los demandados, sino que es preciso un juicio de ponderación y proporcionalidad en los términos que ya se han expuesto.

Tal juicio es el objeto de debate, sobre el que se ha practicado la prueba pericial y, por ende, se ha de permitir flexibilidad en su respuesta siempre, y es el caso, que se dé una adecuación sustancial entre lo pedido y lo concedido, decidiendo sobre el mismo objeto con la racionalidad y la lógica jurídica necesarias. Lo único que estaría vetada es la indefensión, y ésta no existe porque se ha decidido sobre el objeto esencial del pleito, con las pruebas venidas a él, pero, eso sí, con la interpretación por la Sala del precepto en cuestión que, en atención a sus modificación por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, es lo que justifica la admisión del recurso por interés casacional.



Tan no basta con una aplicación mecánica de los quorum previstos por la ley que la Ley 8/2013, que introduce importantes reformas de la LPH exige autorización administrativa para ciertas obras como recoge el artículo 10.3,b) PH reformado.

OCTAVO.- Conforme disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a los recurrentes las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º - Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por La Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM002 y por don Claudio , representados por el procurador de los Tribunales don Santiago Chippirrás Sánchez.contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2014, por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación nº 202/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 671/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón. **2.º** - Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** - Imponer a los recurrentes las costas de ambos recursos, con la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz