

Roj: **STS 769/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:769**Id Cendoj: **28079110012010100084**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/03/2010**Nº de Recurso: **1529/2005**Nº de Resolución: **56/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación interpuesto por doña **Santiago**, representada ante esta Sala por el Procurador don **Victorio Venturini Medina**, contra la sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2005, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación nº 959/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 363/03 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Marbella.

Ha sido parte recurrida doña **Angustia**, representada ante esta Sala por la Procuradora doña **Celia López Ariza**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º El Procurador don **Francisco de Lima Montero**, en nombre y representación de doña **Angustia**, en su condición de comunera de la Comunidad de Propietarios del " **EDIFICIO000** ", promovió demanda de juicio declarativo ordinario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "(...) Dicte en su día sentencia por la que se declare: a) Que las obras ejecutadas por la demandada en el exterior de su vivienda consistentes en un cerramiento de terraza y colocación de un toldo y anclajes para aparcar bicicletas en la fachada exterior del edificio, son indebidas y contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios. b) Se condene a la demandada a la restitución a su estado primitivo de su terraza y de la fachada del edificio eliminando el cierre y desmontando el toldo, la bicicleta y todos los anclajes colocados en la fachada del edificio, dentro del plazo que prudencialmente se fije y que sugerimos que sea inferior a un mes, y todo ello con expresa imposición de las costas y gastos de este juicio".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don **Guillermo Leal Arangocillo**, en nombre y representación de doña **Santiago**, se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: "(...) Dicte, en definitiva, sentencia por la que absuelva a mi representada de sus pedimentos declarando no haber lugar a la pretensión de la actora, imponiéndole las costas procesales".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella dictó sentencia, en fecha 27 de febrero de 2004, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que desestimando como desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador don **Francisco Lima Montero**, en nombre y representación de doña **Angustia**, contra doña **Santiago**, debo absolver y absuelvo a ésta de lo pedido en dicha demanda, con expresa imposición de costas a la actora".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sutanciada la alzada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, en fecha 18 de marzo de 2005, cuyo fallo se transcribe textualmente: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto ante la Sala por la representación de doña **Angustia** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella de fecha 27 de febrero de 2004, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución excepto el particular relativo al cierre metálico de la terraza, que deberá ser retirado, con reposición de esta parte de la fachada a su primitivo estado,



sin imposición de las costas del recurso, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia en la primera instancia".

SEGUNDO.- 1º.- La representación procesal de doña Santiago presentó el día 6 de junio de 2005 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2005, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación nº 959/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 363/03 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Marbella.

2º.- **Motivos del recurso de casación**. Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º) Por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 31 de octubre de 1990 y 5 de marzo de 1998, por incorrecta aplicación de los arts. 7 y 11 de la Ley de **Propiedad Horizontal**; 2º) denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la proscripción del abuso de derecho (art. 7 del C.C. ejercicio antisocial y contrario a la buena fe, mencionando las SSTs de 20 de febrero de 1992, 27 de abril y 11 de julio de 1994, 5 de marzo de 1996 y 9 de febrero y 30 de mayo de 1998, 27 de mayo de 1988, 15 de junio de 1995, 5 de marzo y 30 de octubre de 1996 y 3 de julio de 1997; 3º) señala la existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales, en lo relativo a la cuestión planteada en el motivo 1º), mencionando varias sentencias que seguirían el criterio de innecesariedad de consentimiento unánime de propietarios, pero todas de Audiencias y Secciones diferentes, y citando como sentencias que siguen el mismo criterio que la recurrida, - unanimidad-, las de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2000, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 30 de diciembre de 1999, (que cita el recurrente por remisión al escrito de interposición del recurso de apelación), y, terminó suplicando a la Sala: "(...) Dikte sentencia por la que estimando el recurso de casación interpuesto por esta parte, case y anule la sentencia recurrida, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella por la que se desestimó íntegramente la demanda y, en consecuencia, absuelva a mis representados de sus pedimentos".

3º.- Mediante Providencia de 8 de junio de 2005 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de las partes con fecha de 15 de junio siguiente.

4º.- Con fecha de 1 de julio de 2005, la Procuradora doña Celia López Ariza, en nombre y representación de doña Angustia, presentó escrito personándose como parte recurrida. Igualmente, el Procurador don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de doña Santiago, presentó escrito ante esta Sala el día 14 de julio de 2005, personándose ante esta Sala en concepto de parte recurrente.

5º.- La Sala dictó auto de fecha 15 de abril de 2008, cuya parte dispositiva dice literalmente: "1º.- ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Santiago contra la Sentencia dictada con fecha 18 de marzo de 2005, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 959/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 363/03 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Marbella, respecto a la existencia, en cuanto a las infracciones alegadas, de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala. 2º.- Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña Celia López Ariza, en nombre y representación de doña Angustia, formuló oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito de fecha 6 de junio de 2008, suplicando a la Sala: "(...) En su momento dictar sentencia por la que, declarando la inadmisión o la improcedencia de todos y cada uno de los motivos articulados de adverso, se desestime dicho recurso, confirmando en todas sus partes la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 18 de marzo de 2005, recaída en el rollo nº 959/2004 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 363/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, por ser plenamente ajustada a Derecho, todo ello con imposición de las costas a la parte contraria".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 3 de febrero de 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Benerice Guigue demandó por los trámites del juicio ordinario a doña Santiago, y solicitó que se dictara sentencia donde se declarara: a) que las obras ejecutadas por la demandada en el exterior de su vivienda, consistentes en un cerramiento de terraza y colocación de un toldo y anclajes para aparcar bicicletas



en la fachada exterior del edificio, son indebidas y contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios; y b) se condenara a la demandada a la restitución a su estado primitivo de la terraza y de la fachada del edificio, con la eliminación del cierre y desmontaje del toldo, la bicicleta y todos los anclajes colocados en la fachada del edificio, dentro del plazo que prudencialmente se fije y que sugería fuera inferior a un mes.

El Juzgado rechazó la demanda, y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, que ratificó la resolución recurrida, excepto en el particular relativo al cierre metálico de la terraza, que deberá ser retirado, con reposición de esta parte de la misma a su primitivo estado.

Doña Santiago ha interpuesto recurso de casación por interés casacional, con cobertura en el artículo 472.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 15 de abril de 2008, lo ha admitido respecto a las infracciones alegadas, de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- El motivo primero de recurso acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en cuando a la incorrecta aplicación de los artículos 7 y 11 de la Ley de **Propiedad Horizontal**, según la cual no supone la alteración de elemento común el cerramiento de terrazas cuando ya existían otras en similar situación, sin que se requiriera el consentimiento unánime, ni la previa autorización de la Junta de Propietarios, amén de que en tales casos el derribo de lo construido comportaría una violación del principio constitucional de igualdad; en este sentido, cita las SSTs de 31 de octubre de 1990 y 5 de marzo de 1998.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, contiene los siguientes razonamientos:

"Sin embargo, no cabe duda alguna que la demandada no puede ampararse en una supuesta autorización de la comunidad ni siquiera tácita, por consentimiento de cerramientos anteriores. En estos casos es criterio de la Sala que es exigible al propietario afectado perpetrar la autorización de la junta de propietarios invocando si cabe la existencia de obras iguales a las pretendidas por él, y en caso de no aceptación de la obra, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a otros propietarios a los que se le han consentido las obras. Pero lo que en modo alguno puede ampararse es en la ley de la selva en el ámbito de la comunidad de vecinos, de tal forma que la obra realizada sin consentimiento unánime de la comunidad de propietarios ni en su defecto aprobación judicial ha de reputarse ilícita, criterio que vale tanto para la totalidad de las obras ilícitas de la comunidad que no se hayan sometido a la aprobación de la junta. Además, el que con anterioridad por otros condueños se hubiera hecho obras ilegales en nada afecta a la acción ejercitada por no ser el <<thema decidendi>>, desconociéndose así si fueron las mismas precedidas de un acuerdo comunitario conforme a las exigencias legales.

Tampoco parece adecuado invocar un supuesto abuso del derecho de la parte demandante porque en el proceso no se está discutiendo la legalidad de las obras que haya podido acometer en su vivienda, sin perjuicio del derecho de accionar contra las mismas por quien se crea perjudicado, sino en si existe perjuicio directo para el comunero accionante. Y lo cierto es que con independencia de que se viera o no el mar, la posición de la ventana de la parte actora respecto de la vivienda demandada, trae como consecuencia que la obra acometida por la parte actora le suponga una evidente limitación de las vistas de las que gozaba conforme al título constitutivo.

Solución diferente ha de adoptarse frente al resto de los elementos combatidos en la demanda porque ninguna alusión se hace por el recurrente al toldo colocado y a los anclajes de las bicicletas ni a la malla de materia plástica colocada en el perímetro de la terraza. En el fundamento jurídico quinto únicamente se afirma que respecto al aparcamiento de bicicletas y la ducha instalados sobre la fachada, de los que se afirma <<sólo ella los tiene y no hay ningún otro en toda la zona>>. Sin embargo es criterio de la Sala que estos elementos por su naturaleza carecen de entidad respecto a lo que es la fachada del edificio por lo que carecen de virtualidad para modificarla. Igualmente el toldo es idéntico en su color y forma a otros colocados en la fachada, por lo que su ubicación, aunque no sea en la zona de la ventana, como ocurre con otros toldos colocados, no afecta al edificio ni afecta a la armonía, porque no se olvide no tapa una ventana sino que se ha utilizado para conseguir un espacio de sombra y protección de la terraza. Respecto de este último elemento, no se basa la impugnación del recurrente en falta de la preceptiva unanimidad del acuerdo autorizando su colocación, y contradice la pretensión los actos previos de la propia actora, que en sus reclamaciones, tanto a su vecino, como a la comunidad de propietarios como en la papeleta de conciliación estuvo única y exclusivamente encaminada a la retirada del cierre de la terraza, sin que se hiciera alusión alguna al resto de los elementos".

Esta Sala manifiesta su conformidad a las reflexiones de la sentencia de instancia recién expresadas.

Según destacada doctrina científica, como manifiesta la sentencia de apelación, se llaman "terrazas a nivel" aquellas que son continuación de los pisos y locales, especialmente de los primeros, y que forman parte de la vivienda.



En general, tales terrazas son consideradas como de **propiedad** privada y su superficie consta en las escrituras individuales, pero ello no supone que sus titulares tengan capacidad de disposición sobre las mismas en cuanto a su configuración exterior, y, en este sentido, no caben obras que modifiquen su aspecto, ni su cierre con entera libertad.

Otra cosa es la normalidad de observar las terrazas cerradas, con la ampliación de su espacio para la vivienda, pero su realización siempre ha de ser con el consentimiento expreso o tácito de la Comunidad.

En el supuesto del debate, la sentencia recurrida ha declarado el hecho de que si *"con anterioridad por otros condueños se hubiera hecho obras ilegales en nada afecta a la acción ejercitada por no ser el <<thema decidendi>>, desconociéndose así si fueron las mismas precedidas de un acuerdo comunitario conforme a las exigencias legales"* .

TERCERO.- El motivo segundo del recurso denuncia la transgresión de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la proscripción del abuso del derecho (artículo 7 del Código Civil), ejercicio antisocial y contrario a la buena fe, en casos de oposición a la alteración de elementos comunes, como resulta en el caso objeto del litigio, cuando, según reconoce la sentencia del Juzgado, *"la demandante había realizado un cerramiento cuanto menos tan ilícito como el que ha hecho la demandada"* .

El motivo se desestima.

No constituye el objeto del recurso de casación hacer un examen comparativo de las sentencias de primera y segunda instancia.

La sentencia de primer grado no cuenta sino en tanto en cuanto sus fundamentos y declaraciones sean asumidos por la de apelación (entre otras, SSTs de 26 de noviembre de 1990, 13 de febrero de 1992, 31 de diciembre de 1994).

No cabe redargüir las conclusiones de la sentencia de apelación con los razonamientos de la sentencia de primera instancia, que no son objeto del recurso (STS de 6 de abril de 1992).

Por demás, basta para el pericimimiento de este motivo la argumentación expresada en el fundamento de derecho precedente, que, en evitación de repeticiones, se tiene aquí por reproducida.

CUARTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación con la condena de las costas causadas en el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Santiago contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha de dieciocho de marzo de dos mil cinco . Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Roman García Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, 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.