



Roj: **STS 2042/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2042**

Id Cendoj: **28079110012007100381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2007**

Nº de Recurso: **1916/2000**

Nº de Resolución: **419/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2042/2007,**
SAP A 1492/2000

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orihuela, sobre acción reivindicatoria, cuyo recurso fue interpuesto por don Raúl , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Fernández Tejedor, siendo parte recurrida don Fidel y doña Claudia no comparecidos ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orihuela fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía nº 106/98 , promovidos a instancia de don Raúl sobre acción reivindicatoria contra don Fidel y doña Claudia . Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que "se declare la procedencia de la acción reivindicatoria planteada por esta parte y se condene a los demandados a reintegrar a mi representado en la coposesión y tenencia de la terraza que cubre el edificio ubicado en C/ DIRECCION000 , nº NUM000 de Torrevieja y repongan dicho elemento común en el estado en que se encontraba con anterioridad a la perturbación y despojo producidos, realizando los actos precisos para que ello tenga lugar, condenándoseles asimismo al pago de las costas del presente juicio".

Admitida a trámite la demanda, los demandados don Fidel y doña Claudia comparecieron representados por el Procurador de los Tribunales don Alberto Canovas Seiquer y contestaron oponiéndose expresamente a la misma, esgrimiendo el carácter común de la terraza, suplicando al Juzgado "se dicte sentencia por la que se absuelva a mis representados de las pretensiones aducidas en la demanda, con imposición de costas a la parte demandante".

El Juzgado dictó sentencia el 24 de febrero de 1999 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

FALLO: " Que ESTIMANDO la demanda presentada por el Procurador Sr. Lucas Tomás, en representación de don Raúl contra don Fidel y doña Claudia , representados por el Procurador Sr. Canovas Seiquer, debo CONDENAR Y CONDENO a los demandados a reintegrar al demandante en la coposesión y tenencia de la terraza que cubre el edificio situado en la DIRECCION000 , NUM000 de Torrevieja, realizando los actos precisos para ello, a determinar en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas de esta instancia".



SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido en ambos efectos. Sustanciada la alzada, con nº de rollo 490-A/99, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª) dictó Sentencia con fecha 24 de marzo de 2000 , cuyo fallo es como sigue:

"FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orihuela de fecha 24 de febrero de 1999 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, y en su lugar debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por don Raúl contra don Fidel y doña Claudia , imponiendo al actor las costas de la instancia y sin hacer declaración respecto a las de esta alzada".

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Fernández Tejedor, en representación de la parte demandante, formalizó recurso de casación que fue admitido y que funda los siguientes motivos:

MOTIVO PRIMERO. Infracción del artículo 396 del Código Civil .

MOTIVO SEGUNDO. Infracción de la Doctrina Jurisprudencial contenida en las sentencias de 14-10-1991 (rec. 482/1999) y 10-02-1992 (rec. 2506/1989) .

CUARTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 22 de marzo de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El hoy recurrente, don Raúl , quien en virtud de escritura pública de compraventa de fecha 20 de octubre de 1995, adquirió la **propiedad** de un piso ubicado en la planta baja del inmueble, sito en la DIRECCION000 , nº NUM000 de la localidad de Torrevieja (Alicante), constituido en régimen de **propiedad horizontal**, interpuso demanda de juicio de menor cuantía, en ejercicio de la acción reivindicatoria prevista en el art. 348 del Código Civil , contra los dueños de las viviendas situadas en la planta superior, o planta primera, del referido edificio, con la pretensión de que se les condenara a reintegrar al actor la posesión y tenencia de la terraza que sirve de techumbre o cerramiento superior al edificio, alegando sucintamente, en apoyo de tal petición, que los demandados venían haciendo un uso privativo y excluyente de aquella, pese tratarse de un elemento común, cuyo uso y disfrute debía ser compartido entre los condueños. En el escrito de contestación a la demanda, los propietarios de las viviendas superiores centraron su oposición en tratar de exponer las razones por las que, a su juicio, les correspondía a ellos el uso privativo de la terraza, esgrimiendo como principales argumentos, que a la terraza sólo se tenía acceso desde las viviendas superiores, que la terraza y las viviendas de la planta primera se construyeron mucho antes que la planta baja, que fue voluntad de la propietaria, antes de procederse a la división **horizontal**, atribuir el uso de la terraza a los pisos superiores, que desde su construcción, todas las obras de conservación de la terraza habían sido costeadas por los demandados, sin contribución alguna del demandante, y, por último, que, cuando éste adquirió la vivienda de la planta baja, era plenamente consciente de la situación de hecho, consolidada, y de que el uso exclusivo de la terraza correspondía a los propietarios de los pisos de la primera planta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender acreditado, tanto el carácter común de la terraza, según la normativa reguladora de la **propiedad horizontal**, como la condición de copropietarios de los litigantes, y el uso excluyente que venían realizando los demandados, sin estar amparados en título que habilitara un uso privativo que excluyera a los dueños de fincas ubicadas en la planta baja.

El recurso de apelación interpuesto por los codemandados fue estimado por la Audiencia con el argumento principal, de que la terraza, pese a ser un elemento común, admite su desafectación para uso particular y exclusivo, lo que puede acontecer tanto cuando esa desafectación consta en el título constitutivo o se acuerda después, unánimemente, en Junta, como también a consecuencia de la propia configuración física del inmueble, siendo esto último lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en la medida que, desde un principio, "las terrazas vinieron atribuidas en cuanto a su uso exclusivo a las dos viviendas de la primera planta, únicas con acceso," situación fáctica que se prolongó en el tiempo y que "por su evidencia, tuvo que ser conocida por el actor cuando adquirió la vivienda", no pudiendo prosperar la demanda en cuanto pretendía reintegrar al actor en una posesión que nunca tuvo.

SEGUNDO.- La parte recurrente, elude mencionar en su escrito de interposición el ordinal concreto en que funda cada una de las infracciones que denuncia, si bien, en el suplico, dice actuar al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exponiendo su impugnación mediante dos motivos, íntimamente relacionados entre sí, en cuanto que el primero de ellos lo destina a denunciar la vulneración del artículo 396 del Código Civil, para sostener el uso común de la terraza y el segundo , a hacer lo propio,



alegando doctrina jurisprudencial existente sobre esa misma cuestión, con apoyo en dos sentencias de esta Sala, de 14 de octubre de 1991 y 10 de febrero de 1992 . El planteamiento casacional expuesto en ambos motivos, toma como punto de partida que la terraza es un elemento común, -lo que también reconoce la sentencia impugnada-; pero el recurrente discrepa con que la Sala de instancia justifique el uso privativo del citado elemento comunitario, por parte de los dueños de los pisos superiores, tras apreciar que dicho elemento ha sido tácitamente desafectado de un uso común, en virtud de una serie de hechos de los que se desprende esa intención, tales como, que la voluntad del dueño anterior fue también la de atribuir tal uso exclusivo a las viviendas superiores; que, según la situación física de la finca, únicamente desde aquellas viviendas se tiene acceso a la terraza; y que las obras de conservación fueron anteriores (sic), razonamientos que, según la argumentación del recurrente, son contrarios a la exigencia derivada tanto del art. 396 del Código Civil como de la doctrina jurisprudencial, que sólo admite la validez de la desafectación cuando consta expresamente en el título constitutivo del régimen de **propiedad horizontal**, o cuando es acordada, posteriormente, por unanimidad; condiciones no cumplidas en este caso. En suma, visto su planteamiento, el recurso se contrae a determinar si es válida la desafectación tácitamente producida, que la Audiencia dedujo de las circunstancias físicas del inmueble y del conocimiento de las mismas por el adquirente al tiempo de comprar su vivienda.

Por coherencia, en la medida que se encuentran plenamente interrelacionados, se impone el tratamiento conjunto de ambos motivos. Además, la resolución del recurso pasa por exponer brevemente los siguientes hechos, que han servido de base fáctica a la resolución impugnada, y que permanecen incólumes en casación:

1º) El edificio donde se ubica la terraza, sito en la DIRECCION000 , número NUM000 , de la localidad de Torrevieja, fue construido en la década de los años 70, y era **propiedad**, por herencia, de doña Inés .

2º) Tras su fallecimiento en el año 1984, sus herederos procedieron a dividir el edificio, otorgándose escritura pública de obra nueva y división **horizontal** con fecha 12 de diciembre de 1986, en la que se procedió a describir los cuatro componentes resultantes: un local y una vivienda en planta baja, y dos viviendas en planta primera, atribuyéndose al local una cuota de 1,86 centésimas, y a cada vivienda, la del 33,33 por ciento.

3º) La escritura de obra nueva, división y constitución del régimen de **propiedad horizontal** no hizo referencia alguna a los elementos comunes del inmueble, de manera que no se especificó que la terraza que servía de cubierta al edificio estuviera comprendida dentro de ellos. Pero tampoco fue incluida como elemento privativo integrado en alguno de los pisos o locales resultantes de la división **horizontal**, ni figuraba un uso exclusivo en favor de los propietarios de éstos.

4º) Con posterioridad a que el demandante adquiriera la vivienda situada en la planta baja del edificio, no se ha adoptado ningún acuerdo unánime en Junta de Propietarios cuyo objeto fuera atribuir a los dueños de los pisos superiores el uso exclusivo y privativo de la terraza.

5º) Según informe pericial, las viviendas situadas en la planta primera poseen entrada independiente con respecto a la que permite acceder a la planta baja. Desde dicha entrada independiente, las viviendas superiores tienen acceso a la terraza, dictaminando que "el acceso a la terraza superior se realiza desde el exterior a través de la misma escalera común que comunica con las escaleras de la planta primera, existiendo, en el ámbito de la escalera que antecede a las terrazas dos puertas metálicas a través de las cuales se llega a dos zonas en que está dividida la terraza". Tal configuración física es la originaria de la vivienda, desde su construcción, entre los años 1970 y 1975, y únicamente el pavimento y las puertas metálicas son posteriores.

Ha de recordarse, que la calificación de las terrazas como elemento común es clara, (STS 1-7-2006 entre las mas recientes). El artículo 396 del Código Civil , que se cita como infringido, en su redacción anterior a la disposición adicional única de la Ley 8/ 1999 de 6 de abril , de reforma de la Ley de **Propiedad Horizontal**, pese a no mencionar expresamente las terrazas al enumerar los elementos comunes, determina la inclusión entre ellos habida cuenta del carácter meramente indicativo y abierto, y no de "numerus clausus" que tiene ese listado, y así lo ha entendido esta Sala, entre otras, en Sentencia de 14 de octubre de 1991 , en que manifiesta que "si bien es cierto que el Código Civil no menciona expresamente en su art. 396 las terrazas como constitutivas de elementos comunes, haciendo referencia únicamente al vuelo y cubiertas, no es menos cierto que según doctrina reiterada de esta Sala (Sentencia de 6 de mayo de 1991 , entre otras), en correspondiente interpretación lógica-práctica del precepto, la enumeración del mismo no es ni puede entenderse como cerrada, fija y radical, sino que, por contrario, sólo es indicativa y abierta a las necesidades varias que impone la **propiedad horizontal**, que, al ser especial, exige un cuidadoso tratamiento, no sólo por la función social que cumple, sino también atendiendo a las dificultades y complejidades que produce su desarrollo dinámico en los presentes tiempos". Tratándose de terrazas que sirven de cubierta al edificio, como es el caso, la sentencia de 25 de julio de 1995, con apoyo una anterior de 10 de febrero de 1992 , afirma que "las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas "terrazas a nivel") tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el art.396 del Código Civil



(al mencionar entre ellos a las "cubiertas")"reiterando que "la descripción, no es de "numerus clasus", sino enunciativa"

Por otra parte, también ha señalado esta Sala que, dentro de los elementos comunes, cabe distinguir entre elementos comunes por naturaleza o esenciales, imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales; y por destino, o no esenciales, admitiéndose que estos últimos, entre los que se encuentran las terrazas comunitarias, pueden ser, por esta razón, "desafectados" de su destino común y dedicados a un uso privado o exclusivo, en favor de uno o varios de los propietarios de pisos o locales, excluyendo en ese uso al resto. La desafectación de elementos comunes no esenciales es posible en la medida que el art. 396 no es en su totalidad de "ius cogens", sino de "ius dispositivum" (sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988 , entre otras), "lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de **propiedad horizontal**, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1ª del art.16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc." (sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989 , entre otras). La desafectación de un elemento común no esencial, como las terrazas, no implica que el bien deje de tener tal consideración; tan sólo supone una variación respecto del uso del mismo que cabrían hacer todos los copropietarios con arreglo a su cuota, configurándose el uso privado o exclusivo como una excepción a lo que constituye regla general en el régimen de **propiedad horizontal**. En efecto, la Ley de **Propiedad Horizontal**, establece un peculiar régimen dominical, en virtud del cual, la **propiedad** singular y exclusiva de cada propietario sobre su piso o local se completa con la "copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes" (Art. 3 LPH), entre los que se encuentran las terrazas que sirven de cubierta al edificio, y que en consecuencia, dicho régimen faculta a todo copropietario a servirse de los mismos en la forma que sancionan los arts. 394 CC y 9.6 LPH, esto es, conforme a su destino, y de manera que no perjudique a los intereses de la Comunidad ni impida a los copartícipes usarlas según su derecho. Pero, siendo aquella la regla general; si atendemos a que el art. 5 LPH otorga al título constitutivo, entre otras, la función de disponer las "reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios (...)", y que el art. 13 LPH concede a la junta de propietarios la facultad de "4º . Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior", en principio nada se opone a que, bien por medio de lo dispuesto originariamente en el título constitutivo, bien por razón de decisión de la junta de propietarios, pueda otorgarse el uso exclusivo de un elemento común a alguno o alguno de los comuneros y restringir el mismo en cuanto a otros.

No es esto lo que ha ocurrido en el caso de autos. La sentencia de segunda instancia razona que, pese a tener la consideración de elemento común, y aunque es un hecho acreditado que ni en el título constitutivo ni en los estatutos, ni por acuerdo unánime de los copropietarios, tuvo lugar su expresa desafectación, no obstante, entiende que dicha desafectación ha sido tácitamente "producida, con toda certeza, antes de la constitución del edificio en régimen de **propiedad horizontal**", por la propia configuración física del inmueble, que fue efectuada por la propietaria única del edificio, situación fáctica prolongada que tuvo que ser conocida necesariamente por el adquirente de la vivienda ubicada en la planta baja. Esta Sala no comparte tales razonamientos, en la medida que la distinción entre elementos privativos y comunes no tiene razón de ser más que a partir de la constitución del inmueble en régimen de **propiedad horizontal**, precisamente porque esta forma especial de **propiedad** hace compatible la singular y exclusiva de los pisos o locales con el condominio sobre los elementos comunitarios; y examinando el título constitutivo, escritura de obra nueva, constitución de **propiedad horizontal** y división, resulta un hecho indiscutible que la terraza del edificio de la Calle de DIRECCION000 numero NUM000 es un elemento común a todo el edificio por cuanto, pese a no estar expresamente mencionado como tal en el título, tampoco fue incluido como privativo, es decir, tampoco fue integrado en alguno de los cuatro elementos independientes en que se dividió el edificio, rigiendo por tanto la presunción a la que la propia Audiencia hace referencia. Partiendo de su naturaleza comunitaria, y centrándonos en la verdadera cuestión controvertida, que afecta al uso, es incuestionable que, ni se mencionó expresamente en dicho título un uso privado de la terraza a favor de los pisos superiores, ni posteriormente fue adoptado por la Junta de Propietarios acuerdo unánime en tal sentido, permaneciendo así el referido elemento afectado al uso común que le es propio, sin que deba otorgarse relevancia a una hipotética voluntad de la dueña anterior, imposible de contrastar en autos, ya que sólo su plasmación en el título o en los estatutos hubiera vinculado a futuros adquirentes. Sostener, como hacen los demandados, que la voluntad de su causante fue inicialmente vincular el uso exclusivo de la terraza a la **propiedad** de los pisos superiores, apoyándose en que el acceso a la misma tiene lugar desde ellos, no se concilia, en primer lugar, con el hecho al que el acceso no se produce desde el interior de las viviendas sino desde la escalera común, ni tampoco con el extremo



igualmente acreditado, de que los herederos, al practicar la división **horizontal** del edificio, no plasmaran aquella intención en el título constitutivo, ya fuera otorgando carácter privativo a la terraza, mediante su inclusión en la descripción de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, asegurándose con ello un uso también exclusivo, o, al menos, que la consideraran comunitaria, pero haciendo la observación en el título de que el uso exclusivo de dicho elemento correspondía privadamente a los dueños de las viviendas de la primera planta, con exclusión de los actuales y futuros adquirentes del local y del piso situados en la planta baja. Consecuentemente, lo relevante a la hora de estimar producida una desafectación, que destine a un uso privativo lo que, en principio, permitía un uso común, no es la realidad física, sino la jurídica que existía en el momento en que el recurrente adquirió la vivienda de la primera planta; y partiendo de esa realidad jurídica, no era posible atisbar ningún límite o restricción, ni en el título ni en los estatutos comunitarios, que privara a todo copropietario, y por ende, también al adquirente, de su derecho a usar, con arreglo a su cuota, todos y cada uno de los elementos comunitarios al servicio del inmueble, incluyendo, obviamente, la terraza. Los argumentos de la sentencia impugnada, que vienen a otorgar validez a la desafectación tácitamente producida, atendiendo a la situación del inmueble y al consentimiento del adquirente, carecen de cobertura legal y de fundamento en la doctrina de esta Sala: la única sentencia de fecha 7 de abril de 1998 (sic), se refiere a un supuesto diferente en el que este Tribunal admitió la afectación al uso privado de determinados elementos comunes (camarotes) por constar expresamente, y con carácter previo, en el título constitutivo como anejo asignado a una vivienda, siendo esta la razón por la que los nuevos adquirentes si debían respetar esa situación, que era conocida en el momento de comprar su vivienda. En todo caso, queda dicho que esta Sala sólo admite la desafectación ajustada a los procedimientos legalmente previstos, ninguno de los cuales ha tenido lugar, sin que, tampoco quepa hablar de un acuerdo posterior unánime interpretando la conducta del adquirente ya que, como señala la STS de 10 de junio de 2002, la inactividad del actor desde la adquisición de la vivienda hasta la fecha de iniciación del litigio no supone un consentimiento tácito sanador de la falta del consentimiento unánime de los copropietarios exigido por el citado artículo 11 de la Ley de **Propiedad**.

Por todo ello los motivos deben ser acogidos y el recurso debe prosperar.

TERCERO.- Se declara, pues, haber lugar al recurso de casación, y resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como indica el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el apartado 2 del mismo artículo, procede en esta sede confirmar la sentencia de primera instancia, sin que proceda efectuar imposición de las costas causadas en la segunda instancia, ni las producidas por este recurso, al ser acogido, de conformidad con lo previsto en los artículos 710 y 1715 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 HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de don Raúl contra la Sentencia de fecha 24 de marzo de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª), confirmando la sentencia de 24 de febrero de 1999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orihuela, todo ello, sin imposición de las costas causadas en la segunda instancia ni las del presente recurso. Líbrense a la mencionada Audiencia la 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 Jesús Corbal Fernández. Vicente Luis Montés Penadés. Clemente Auger Liñán. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, 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.