



Roj: **SAP B 11540/2012 - ECLI:ES:APB:2012:11540**

Id Cendoj: **08019370172012100370**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **05/07/2012**

Nº de Recurso: **1038/2010**

Nº de Resolución: **369/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL PILAR LEDESMA IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 11540/2012,**
STSJ CAT 5327/2013

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA**

ROLLO núm. 1038/2010

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 43 BARCELONA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 659/2009

S E N T E N C I A núm. 369/2012

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

Doña Maria Pilar Ledesma Ibañez

Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a cinco de julio de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 659/2009 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 43 Barcelona, a instancia de Casimiro Y Isidro quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CDAD PROP C/ DIRECCION000 , NUM000 , BARCELONA, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de Casimiro Y Isidro contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 3 de septiembre de 2010 , por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, con desestimación total de la demanda interpuesta en reclamación de nulidad de acuerdos adoptados en Junta de Propietarios, por la Procuradora de los Tribunales Doña Judith Carreras Monfort, en nombre y representación de Don Casimiro y Don Isidro , y dirigida contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL NUMERO NUM000 DE LA DIRECCION000 DE BARCELONA,



DEBO DECLARAR Y DECLARO la legalidad del punto cuarto de la Junta General Extraordinaria de Propietarios de fecha 24 de febrero de 2009, celebrada en la Comunidad demandada; y,

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL NUMERO NUM000 DE LA DIRECCION000 DE BARCELONA, de todas las pretensiones formuladas en su contra; y,

DEBO IMPONER COMO IMPONGO, expresamente, y conjunta y solidariamente, las costas de este juicio a los actores Don Casimiro y Don Isidro . . .".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Casimiro Y Isidro y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado veintiuno de marzo de dos mil doce.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Maria Pilar Ledesma Ibáñez .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Casimiro y de D. Isidro se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado n^o 43 de los de Barcelona en fecha de 3 de septiembre de 2010 en autos de juicio ordinario seguidos en dicho Juzgado bajo el número 659/2009.

Dicha resolución desestimaba la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por los ahora recurrentes, en su calidad de copropietarios del piso NUM001 - NUM002 del inmueble sito en la DIRECCION000 n^o NUM000 , contra la Comunidad de Propietarios de dicho inmueble. A través de esta demanda se ejercitaba acción de impugnación de acuerdos solicitándose, tanto por motivos formales como por motivos materiales, la nulidad del acuerdo 4^o adoptado en la Junta General Ordinaria de Propietarios celebrada en fecha de 24 de febrero de 2009.

Sin perjuicio de tener por reproducido en esta resolución los antecedentes de hecho de la resolución recurrida en donde se reseñan las alegaciones de las litigantes, cabe indicar que, mediante el acuerdo impugnado, la referida Comunidad de propietarios, en relación con el punto del orden del día atinente a "Cierres y aperturas no autorizadas en terrados de uso exclusivo de los cuartos pisos", aprobó por mayoría de los

asistentes y votos delegados -que a la vez representaba la mayoría de coeficientes- " *no permitir la posible regularización o legalización de la situación actual de los departamentos 4-1 y 4-2, ni por lo tanto, dejar la puerta abierta a una posible negociación sobre el particular*". Asimismo, en el acta de dicha junta, que se acompaña como doc. n^o 4 junto al escrito de demanda, se indica que, en consonancia con la decisión adoptada mayoritariamente, y sin perjuicio de lo que establece el art. 553-26 del Codi Civil de Catalunya (CCC), " *se confiere un plazo prudencial de tiempo a las respectivas propiedades de los pisos Cuartos para que repongan la configuración de los pisos y de la parte de terrado de uso exclusivo a la situación inmediatamente anterior a su modificación- sin cierres que signifiquen un aumento de volumen edificado y/o con voluntad de permanencia, sin elementos que puedan perjudicar la cubierta, y sin aperturas de comunicación entre piso y terrado, básicamente-. En el momento en que sea ordenado por la Presidencia de la Comunidad, y o habiendo actuado ninguno de los propietarios en consecuencia, se procederá a iniciar las correspondientes acciones extrajudiciales y judiciales tendentes a conseguir la finalidad perseguida. Por esto, y si llega el caso, se faculta a la Presidencia de la Comunidad para que pueda otorgar poderes para pleitos a favor de abogados y procuradores de cara a interponer la pertinente demanda judicial "*.

En el recurso se parte ya de la corrección formal del acuerdo impugnado, con lo que no se mantienen en esta alzada las motivos formales de impugnación del mismo. Sin embargo, se reitera la petición de nulidad por entender que dicho acuerdo no reporta utilidad alguna a la Comunidad, debe considerarse abusivo, resulta gravemente perjudicial para los demandantes recurrentes quienes ya adquirieron su vivienda con la configuración que rechaza la Comunidad y, asimismo, que existió una autorización tácita por parte de la misma a las obras toda vez que, desde que fueron realizadas (en el año 2005), la Comunidad no ha iniciado ningún tipo acción o actuación para obtener su reposición al estado anterior.

La Comunidad demandada, ahora apelada, se ha opuesto al recurso y ha solicitado la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO .- Para la resolución de este recurso se debe partir por señalar, como ya se indica en el fundamento jurídico segundo de la resolución de primer grado, que los actores, Sres. Casimiro y Isidro , en fecha de



4 de marzo de 2008, adquirieron la vivienda sita en el piso NUM001 - NUM002 del inmueble de autos, antes reseñado, de su anterior propietario, D. Diego , vivienda que, conforme resulta de la nota registral acompañada la demanda (vid. folio 66 de las actuaciones) tiene atribuido el uso exclusivo de una zona del terrado comunitario de unos 56,28 metros cuadrados.

En el año 2005 el anterior propietario, sin contar con la autorización de la Comunidad, procedió a instalar en dicha zona del terrado un cerramiento con una estructura metálica acristalada y, en el año 2006, abrió un hueco en el forjado del techo de la vivienda uniendo, a través de una escalera, la propia vivienda con la instalación realizada en el terrado.

Por lo tanto, los actores adquirieron la citada vivienda, por un precio de 800.000.- euros (conforme resulta del contrato de compraventa también acompañada a la demanda) con dicha instalación ya realizada.

TERCERO .- Partiendo de los anteriores datos cabe indicar que, como hemos avanzado, el recurso se sustenta en cuatro alegaciones que son las siguientes: la ausencia de utilidad del acuerdo impugnado para la Comunidad quien, en cualquier caso, no va a poder hacer uso de las terraza que ha sido objeto de cerramiento, dado que, pese a su naturaleza de elemento común, su utilización está exclusivamente atribuida a los actores. El carácter abusivo del acuerdo impugnado al tratar de imponer una obra de reposición a los actores sin obtener ningún aprovechamiento real de esa reposición. La existencia de una autorización tácita de la Comunidad, dado que, desde que se realizó el cerramiento (en el año 2005), no ha interpuesto ningún tipo de acción para obtener su reposición y, por último, la consideración de que dicho acuerdo causa un grave perjuicio económico a los actores recurrentes.

Las dos primeras causas de impugnación deben ser examinadas conjuntamente en cuanto suponen, en realidad, dos modos de enunciar la misma cuestión. Se trata de establecer si la actuación de la Comunidad demandada, al adoptar el acuerdo impugnado que impide la legalización de las obras realizadas en la terraza de los actores y obliga a su reposición al estado anterior, se encuentra legitimada o, por el contrario, resulta caprichosa, carente de utilidad, y, con ello, constitutiva de abuso de derecho.

Para resolver esta controversia debemos acudir a la doctrina jurisprudencial en relación con el abuso de derecho en materia de propiedad horizontal. En este sentido la STS de 12 de diciembre de 2011 (ROJ 9357/2011), haciéndose eco de resoluciones anteriores, señala que: "*la doctrina del abuso de Derecho, en palabras de la STS de 1 de febrero de 2006 (RC n.º 1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo). En materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma. En definitiva la actuación calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no será legítima*".

En el caso de autos, estimamos que existe un interés legítimo por parte de la comunidad para impedir la legalización de la obra llevada a cabo en la terraza de la vivienda de los demandantes por el anterior propietario de la misma sin que se

haya apreciado una voluntad de perjudicar a los propietarios demandados. Así, la actuación de la comunidad persigue, como señala la STS de 9 de enero de 2012 (ROJ 236/2012), un fin claro amparado por la norma, como es que no se lleven a cabo alteraciones en elementos comunes de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, si no es con la autorización pertinente de los copropietarios. La actuación de la demandante se funda en una justa causa y su finalidad es legítima, por lo que no puede ser calificada como abusiva. En este sentido, no puede olvidarse que la propiedad horizontal es un tipo de propiedad especial compleja en la medida que se integra por facultades de dominio diversas, debiendo diferenciarse, por una parte, aquellas que recaen sobre los elementos privativos que se pueden ejercitar de manera singular y exclusiva, y aquellas otras que recaen sobre los elementos comunes, cuyo aprovechamiento y utilización exige un acuerdo de voluntades, adoptado conforme a las mayorías necesarias según la normativa aplicable, lo que se traduce, entre otras cosas, en la imposibilidad de llevar a cabo, por iniciativa privada, obras que impliquen la modificación o alteración física de tales elementos comunes.

Por otra parte, no puede desconocerse tampoco que, en el supuesto de autos, la obra llevada a cabo en la terraza cuyo uso tienen atribuido los actores, además de comportar una alteración de la configuración física de dicho elemento común, ha supuesto un cambio en la volumetría del terrado y ha comportado, de facto,



un aumento de la superficie de la vivienda de los actores, sin que ello se haya repercutido en una correlativa modificación de su coeficiente de participación. Ello en tanto dicha obra, como señala la comunidad apelada en su escrito de oposición al recurso, no consiste en un mero vallado de la terraza, sino que se ha procedido a constituir, mediante un cerramiento metálico, una nueva dependencia de la vivienda que, además, se ha anexado a la misma mediante la construcción de una escalera de acceso con la consiguiente apertura de un hueco en el forjado, que también es un elemento común (así, vid. fotografías que obran en los folios 91 y 105 de las actuaciones).

En atención a estas consideraciones se debe concluir que la comunidad ostenta un interés legítimo, que es desde el que debe medirse su "utilidad", en la adopción del acuerdo impugnado que no es sólo la defensa de la legalidad, considerada en abstracto, que también, sino un interés concreto en mantener la configuración de los elementos comunes, incluso en el caso de que el uso de los mismos esté atribuido de forma exclusiva a alguno de los comuneros, y en impedir vías de hecho que modifiquen dicha configuración y que, además, alteren el equilibrio establecido en el título constitutivo en la determinación de los coeficientes de participación de cada uno de los condueños en la medida de las superficies de sus respectivos departamentos.

CUARTO .- Tampoco puede acogerse la alegación de que la Comunidad prestó un consentimiento tácito a tales obras. Como señalan los propios apelantes en su escrito de recurso (vid. pág. 9 del mismo, folio 402 de las actuaciones), "*cierto es que en varias ocasiones se ha puesto de manifiesto en las distintas juntas la ausencia de autorización para "ese vallado", pero nunca se ha traducido ello en acción alguna*". Pues bien, efectivamente, de las actas de las juntas acompañadas al escrito de demanda (como la de 12 de septiembre de 2006 o la de 2 de octubre de 2008, además de la que se celebró en fecha de 24 de febrero de 2009 en la que se adoptó el acuerdo impugnado), resulta que en todas ellas se advirtió y/o se denegó expresamente la autorización para las repetidas obras. Ante tales manifestaciones expresas no puede colegirse ninguna autorización tácita a las mismas por el hecho de que no se interpusiera acción judicial alguna. En este mismo sentido se pronuncia la ya citada STS de 9 de enero de 2012 que niega la existencia de una autorización tácita por ausencia de interposición de las acciones judiciales, y viene a indicar que el hecho de que la Comunidad no haya reaccionado con celeridad para exigir la retirada de obras realizadas en elementos comunes sin el consentimiento pertinente de los copropietarios, no es base suficiente para imponer a la comunidad de propietarios la validez de los cerramientos ejecutados.

Máxime en este caso en que, en el propio acuerdo adoptado, se prevé, in fine, que si los actores, aquí recurrentes no reponen la configuración de los elementos comunes del inmueble en un plazo prudencial, facultar a la Presidenta de la Comunidad para el ejercicio de las acciones necesarias.

QUINTO .-Se alega también que el acuerdo impugnado resulta perjudicial para los actores quienes pagaron un elevado precio por la adquisición de su vivienda tomando en consideración la configuración de la terraza en el estado en que estaba cuando la compraron, esto es, con las obras de cerramiento ya finalizadas.

Sin poner en duda que dicha configuración de la terraza constituyera un atractivo de la vivienda, no podemos negar que la reposición de la misma al estado anterior suponga eventualmente un perjuicio para los apelantes. Ahora bien, ello no supone en sí mismo un motivo de nulidad del acuerdo por cuanto se trata de una actuación que, como hemos señalado en el fundamento tercero de esta resolución, responde a un interés legítimo de la Comunidad y que, en consecuencia, los recurrentes tiene el deber de soportar, se trata de un acuerdo adoptado por la mayoría necesaria (ex. art. 553-25 del CCC) constituyendo la voluntad comunitaria frente a la que no puede imponerse, tratándose de elementos comunes, la voluntad particular de los apelantes. Pero es que, además, el aludido perjuicio no resultaría imputable a la demandada apelada; así, tal perjuicio no habría sido provocado, en sentido estricto, por la actuación de la Comunidad, sino del anterior propietario que es quien habría alterado la configuración de los elementos comunes sin contar con las autorizaciones legalmente exigibles y, al parecer, sin comunicar dicha ausencia de autorización a los compradores, los hoy apelantes.

Por ello, sin perjuicio de las acciones legales que a los mismos asistan derivadas del contrato de compraventa, el citado perjuicio no integra tampoco causa de nulidad del acuerdo.

En suma, las consideraciones expuestas conducen a la total desestimación del recurso planteado y a la consecuente confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO .- Las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto se deben imponer a los recurrentes al ser desestimado el mismo por aplicación de lo dispuesto en el art. 398. 2 de la LEC .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS



Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Casimiro y de D. Isidro contra la sentencia dictada en fecha de 3 de septiembre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 43 de los de Barcelona en autos de procedimiento ordinario número 659/2009 de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS dicha resolución.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

Todo ello imponiendo las costas de esta alzada a los indicados recurrentes.

Y firme que sea esta resolución, contra la que (recursos), devuélvanse los originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

que emite la Magistrada Dña. María Sanahuja Buenaventura.

Se discrepa de la mayoría en relación al recurso planteado por la representación de D. Casimiro y D. Isidro, porque debió ser estimado, considerando los hechos acreditados, y en aplicación de la jurisprudencia que se citará.

FUNDAMENTOS DE ESTE VOTO

PRIMERO.- Los actores en su demanda solicitaron se declare que:

"A) Los acuerdos adoptados según el punto 4 del orden del día de la Junta General Extraordinaria celebrada el 24/febrero/2009, relativos a no dejar la puerta abierta a ninguna solución, y en consecuencia obligar a mis mandantes a reponer el terrado del piso 4.1 a su estado primitivo, *son nulos*, al exceder el ámbito del orden del día preparatorio de la junta y por tanto de la representación conferida a los votos delegados, en base a los cuales se adoptaron los acuerdos controvertidos.

B) Alternativamente, que se dejen sin efecto los acuerdos adoptados según el punto 4 del orden del día de la Junta General Extraordinaria celebrada el 24/febrero/2009, relativos a no dejar la puerta abierta a ninguna solución, y en consecuencia obligar a mis mandantes a reponer el terrado del piso 4.1 a su estado primitivo, por haberse adoptado con manifiesto abuso de derecho, dadas las circunstancias antes referidas, y ser contrarios a los intereses de la comunidad, sin que ninguna utilidad le reporte tales acuerdos, que además son gravemente perjudiciales para los intereses de mis representados"

En su recurso ya no insisten en la pretensión sobre la corrección formal del acuerdo impugnado, y reiteran los argumentos expuestos en la demanda para sustentar la nulidad del mismo, que les obliga a reponer la terraza al estado en que se encontraba con anterioridad a la fecha en que los demandados adquirieron su vivienda (2008), al parecer allá por el año 2005, por lo siguiente:

"a) El acuerdo que ordena reponer *no reporta ninguna utilidad real ni provecho a la comunidad de propietarios*, dado que el uso exclusivo y excluyente de la terraza corresponde a los actores, de manera que con vallado o sin el, la comunidad no puede usar la terraza.

b) El acuerdo es gravemente perjudicial a los intereses económicos de los actores, que adquirieron un apartamento por precio de 800.000.- € entre otras cosas, por el desahogo y solaz que ofrecía el solárium vallado de la terraza, y que devolver éste a su estado primigenio (básicamente el de una simple azotea), supondría un manifiesto quebranto para el valor de mercado de la vivienda (...)

c) La comunidad de propietarios *actúa en un evidente abuso de derecho*, al tratar de imponer tales obras de reposición a los actores, causando a éstos un directo perjuicio, y sin obtener ella misma utilidad ni aprovechamiento real alguno de tal reposición.

d) Existe una *autorización tácita* de la comunidad para la permanencia de ese vallado, toda vez que desde que fue ejecutado (allá por el 2005) la comunidad no ha iniciado ningún tipo de acción o actuación para obtener su reposición al estado anterior, más allá de las menciones realizadas sobre la falta de consentimiento de la comunidad respecto a dicho vallado, en diversas juntas a lo largo de los años."

SEGUNDO.- La sentencia de instancia desestimó la petición alternativa de nulidad, que ahora se recurre, argumentando literalmente lo siguiente:



"En relación a la falta de utilidad para la comunidad, hay que manifestar que la restauración de la legalidad ya es una causa de utilidad de los acuerdos, puesto que la utilidad no tiene por que ser directa, ni materialmente evaluable, ni debe consistir en la prestación de unos servicios útiles, sino que utilidad es un concepto indeterminado que debe ser valorado en cada caso, y en el presente como se ha dicho, se considera que la restauración, en su caso, de la legalidad, debe ser considerada como útil a la comunidad."

"En cuanto a que el acuerdo ha sido adoptado con manifiesto abuso de derecho, y que es gravemente perjudicial para los actores, se basa en una serie de hechos y alegaciones que se considera que no son objeto de este proceso, ya que los mismos se refieren a la incidencia de las obras realizadas por el propietario anterior en el terrado, cuyo carácter comunitario no ha sido discutido, pese al uso exclusivo atribuido a las viviendas de los pisos cuartos."

TERCERO.- La sentencia de la mayoría de la Sala acoge la tesis de la Comunidad demandada y considera que *" la obra llevada a cabo en la terraza cuyo uso tienen atribuido los actores, además de comportar una alteración de la configuración física de dicho elemento común, ha supuesto un cambio en la volumetría del terrado y ha comportado, de facto, un aumento de la superficie de la vivienda de los actores, sin que ello se haya repercutido en una correlativa modificación de su coeficiente de participación "*.

Se discrepa de lo anterior puesto que ha quedado acreditado que el cerramiento de parte de la terraza (mediante una cubierta ligera con vigas metálicas, cerramientos de cristales, fácilmente desmontables, y suelo de madera), y la comunicación directa del piso con la misma mediante una escalera a través de un hueco en el forjado, no sólo no supone ningún riesgo para la estabilidad y seguridad de la estructura del edificio, siendo fácilmente legalizable, como informa la arquitecta Dña. Marcelina , sino que fue algo previsto por la propia Comunidad de Propietarios demandada, como promotora en 2000-2001 de las obras de remonta del edificio original. Efectivamente, tal como detalla la arquitecta técnica, Dña. Alicia , en su informe, el agujero estructural que comunica la vivienda de los actores con la terraza superior, fue previsto por la propia Comunidad cuando edificó las dos últimas viviendas del edificio, dividiendo la terraza en tres partes, dejando la zona delantera para uso comunitario y dividiendo el resto de superficie para la propiedad de los pisos NUM001 - NUM002 -º y NUM001 - NUM003 . Esto último no se supo hasta la práctica de la diligencia final, cuando el anterior propietario, Sr. Diego , expuso que a él se le vendió el piso con el forjado ya preparado para realizar la conexión (constando el informe a los folios 364 y ss).

Por ello, cobra verosimilitud el testimonio de un vecino de la comunidad, D. Belarmino , quien manifestó en la vista que siempre había pensado que la oposición era una cuestión personal del Sr. Gervasio (uno de los vecinos, que siempre presenta bastantes votos delegados), pero recientemente el testigo ha sabido que la comunidad ha pedido a los actores lo que denominó "una cantidad asombrosa", entre 150 y 300 mil euros para permitirles mantener la terraza de uso privativo como está.

Asimismo coincido con la tesis mayoritaria en las diferentes Audiencias Provinciales (sentencias de la AP de Zaragoza de 7 de mayo de 2007, Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2006, de Huelva de 15 de marzo de 2006, de Las Palmas de 14 de octubre de 2005, de Alicante de 22 de marzo de 2006, de Guipúzcoa de 27 de enero de 2003, etc...) que viene a considerar que aquellas obras cuya instalación no ha precisado de obra de fábrica alguna no constituyen edificación fija, teniendo claramente el carácter de desmontable y transportable por lo que no vienen a constituir alteración de elemento común dado que en supuestos como el que nos ocupa el propietario se limita a ejercitar el derecho que el uso exclusivo de la terraza le proporciona en la forma que tiene por conveniente.

Las fotografías no muestran una alteración de la configuración física de la terraza, ni suponen un cambio en la volumetría del terrado. Es una pérgola acristalada comunicada con la vivienda, y prevista por la propia Comunidad cuando realizó las obras de remodelación de la cubierta del edificio, aprovechando para edificar dos viviendas nuevas, que resultaban más atractivas para la venta si disponían de terraza de 56 metros de uso exclusivo, que podían conectar con la vivienda, para lo que se colocaron unas vigas en la estructura, si bien debían ser los nuevos propietarios quienes realizaran el gasto de hacer la escalera y la pérgola cerrada, pues de lo contrario el agua de lluvia entraría en la vivienda inferior.

CUARTO.- El segundo argumento de la sentencia de la mayoría de la Sala para rechazar el principal argumento de los recurrentes, que es la invocación del abuso de derecho, es que la Comunidad ostenta *" un interés legítimo, que es desde el que debe medirse su "utilidad", en la adopción del acuerdo impugnado que no es sólo la defensa de la legalidad, considerada en abstracto, que también, sino un interés concreto en mantener la configuración de los elementos comunes, incluso en el caso de que el uso de los mismos esté atribuido de forma exclusiva a alguno de los comuneros, y en impedir vías de hecho que modifiquen dicha configuración y que, además, alteren el equilibrio establecido en el título constitutivo en la determinación de los coeficientes de participación de cada uno de los condueños en la medida de las superficies de sus respectivos departamentos "*.



Aunque la sentencia de la Sala matiza la argumentación de la sentencia de instancia que asume tesis legalistas, ampliamente superadas tras la Segunda Guerra Mundial, se aparta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En sentencia de 10-10-2007 (4116/2000 | Ponente: XIOL RIOS), recogiendo el criterio de múltiples sentencias anteriores, el TS exponía:

"A) **Las facultades del propietario de un piso o local para modificar los elementos arquitectónicos, las instalaciones o los servicios de aquél está sujeta a un doble requisito** : a) la obligación de los propietarios de respetar los elementos comunes (artículo 9 LPH) y la consiguiente imposibilidad de realizar obras que comporten su modificación sin obtener el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios exigida para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos(artículo 16 LPH , en relación con el art. 11 LPH aplicable en estos autos, hoy art. 12 LPH); b) como exige expresamente el artículo 7 LPH , que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o se perjudiquen los derechos de otro propietario.(...)

Con arreglo a estos criterios el concepto de fachada, que el art. 395 CC incluye entre los **elementos comunes** , «con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores» no puede aplicarse con un criterio puramente arquitectónico, sino que la determinación de cuáles son los elementos de la fachada que tienen este carácter común debe hacerse ponderando si son necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio(STS de 18 de enero de 2007), examinando si forman parte de la estructura del edificio o valorando si afectan a su configuración externa determinante de su apariencia, tomando en consideración el uso a que están destinados cada uno de estos elementos y los locales a que afectan.(...)

A su vez, esta labor de concreción de los conceptos contenidos en la ley debe ajustarse a la **interpretación restrictiva que esta Sala ha considerado procedente cuando se trata de analizar las limitaciones que afectan a la propiedad individual** . Como dice la STS de 7 de febrero de 1989 , «toda limitación a la propiedad individual, al derecho singular, ha de interpretarse de modo restrictivo, salvo que afecte en esta especial institución y yuxtaposición de propiedades, a los elementos comunes» y de ahí que **el art. 7 LPH debe interpretarse como una declaración de los derechos de disfrute del titular sobre su inmueble otorgándole las máximas posibilidades de utilización** (STS de 5 marzo de 1998).

Desde esta perspectiva **esta Sala ha considerado como obras intrascendentes que no afectan a los elementos comunes aquellos cerramientos que no son perjudiciales para los restantes propietarios ni menoscaban o alteran la seguridad del edificio ni su configuración hacia el exterior** (SSTs de 6 de abril de 2006 y 25 de mayo de 2007)."

En el supuesto objeto de este recurso de apelación ha quedado acreditado que no se menoscaba o altera la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, no se perjudican los derechos de otro propietario, ni afecta a elementos comunes del edificio.

Y por el contrario, sí se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para apreciar el abuso de derecho. Así, en sentencia de 1-2-2006 (Rec1820/2000 | Ponente: XIOL RIOS) se decía:

"La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, según recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98), con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una **actuación aparentemente correcta** que, no obstante, **representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios)** , al resultar patente la **circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima** , así como la **objetiva de exceso en el ejercicio del derecho** (Sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000 , una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)."

Y se indica en la sentencia del TS de 9-1-2012 (Rec 887/2009 | Ponente: XIOL RIOS) que "en materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma." Esta sentencia, así como la de 4-10-11, estiman que para exigir la demolición de un cerramiento en una terraza, debe acreditarse que las obras en la terraza afectan o modifican la configuración exterior del edificio.

En nuestro caso, el acuerdo impugnado pretende, sin justificación alguna, causar unos considerables perjuicios a los actores, dificultando el uso privativo de una terraza, al exigir que se elimine al acceso que la propia



Comunidad preparó estructuralmente, y sólo se pueda utilizar la terraza sin la comodidad de la pérgola acristalada, sin que ello comporte utilidad ni provecho alguno para la Comunidad.

El único beneficio que parece pretender obtener la Comunidad, es un nuevo rendimiento económico si los actores se avienen a abonar una exorbitada cifra para que les permitan el uso de la terraza de los últimos pisos, tal y como la propia Comunidad diseñó, lo cual sin duda supone un claro abuso de derecho, que contraviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este tipo de cuestiones.

Por todo ello, el recurso debió ser estimado, y apreciando abuso de derecho se debió declarar la nulidad del mismo. La mayoría de la comunidad siempre puede reconsiderar su acuerdo, y tomar otro, pues en caso de tener que acudir a los tribunales para ejecutarlo siempre podría encontrarse con una resolución contraria a sus pretensiones por las razones aquí expuestas.

PUBLICACIÓN .- En el día de la fecha, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ