



Roj: **STS 1572/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1572**

Id Cendoj: **28079110012012100130**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2012**

Nº de Recurso: **1019/2009**

Nº de Resolución: **3/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3260/2009,**
STS 1572/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º **1019/2009** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Gabino , aquí representado por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senín, contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 784/2008, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1341/2004, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Málaga . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de D.ª Antonieta y D. Mariano .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Málaga dictó sentencia el 2 de mayo de 2008 en el juicio ordinario n.º 1341/2004 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que, estimando la demanda formulada por D. Gabino contra D. Mariano y D.ª Antonieta , debo condenar y condeno a los expresados demandados a la retirada de toda la construcción realizada sobre la cubierta del inmueble, en los términos expuestos en el Antecedente de Hechos probados, realizando las obras necesarias para reponer la misma a su estado originario anterior a la mencionada construcción. Ello con su expresa condena de los demandados al pago de las costas procesales causadas.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La parte actora del presente proceso, don Gabino , actuando en su condición de propietario de la vivienda NUM000 - NUM001 de la URBANIZACIÓN000 , sita en AVENIDA000 n.º NUM002 , de Málaga, constituido en régimen de propiedad horizontal, ejercita una acción dirigida frente a los demandados, don Mariano y doña Antonieta , en calidad de propietarios de la vivienda NUM003 - NUM004 del mencionado edificio, en solicitud de que se condene a los demandados a la retirada de toda la construcción realizada sobre la cubierta del inmueble, realizando las obras necesarias para reponer la misma a su estado originario anterior a la mencionada construcción.

La pretensión actora se sustenta en la consideración de que las obras realizadas por los demandados representan una modificación de elemento común sin el consentimiento unánime de la Junta de Propietarios.

»Segundo. Una adecuada decisión de la cuestión de fondo de la presente litis pasa por tener en cuenta las siguientes consideraciones:



1.- La pretensión formulada en la demanda se fundamenta en la normativa reguladora de la propiedad horizontal, constituida por la Ley de 21 de julio de 1960, conforme a la cual el propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras a quien represente a la comunidad (art. 7.1). En este orden de cosas, se contempla como una de las obligaciones de los propietarios la de respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos (art. 9.1, letra a). Asimismo, se establece que cualquier alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo (art. 11.4), cuyo régimen consiste en acuerdo unánime de los propietarios partícipes de la comunidad (art. 17, norma 1.ª).

2.- Conforme expresa reiterada jurisprudencia, la propiedad horizontal se configura como una institución de carácter complejo, en la que coexisten propiedades distintas y separadas, cuales son la exclusiva de los comuneros sobre cada piso o espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y la copropiedad, con aquellos, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio, con sujeción a la Ley de 21 de julio de 1960; suscitándose en no pocos casos el problema de cuál sea el carácter, común o privativo, de un determinado espacio comprendido dentro de los límites físicos del inmueble sobre el que está constituida la propiedad horizontal, lo que viene resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido de que la enumeración de los elementos comunes que, a vía de ejemplo, se formula en el art. 396 del Código Civil revela que para calificar o no de común los elementos de un edificio, ha de tenerse en cuenta si, dada la relación en que se halle con todo o cada uno de los pisos o locales, son o no necesarios para el adecuado uso y disfrute de los mismos, y si sirven o no a todos los propietarios de ellos (STS 10 mayo 1965). El art. 396 del Código Civil , antes expresado, enumera a *los patios*, así como a *las fachadas, 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*, como unos de los elementos comunes y, consecuentemente, de la propiedad de todos los comuneros o propietarios del inmueble.

3.- El carácter común de un elemento del inmueble comporta para los comuneros una serie de limitaciones, derechos, obligaciones y prohibiciones en orden a determinados aspectos, destacando entre estas últimas la prohibición de realizar alteraciones si previamente no ha obtenido el consentimiento unánime de los demás, consagrándose así un *ius prohibendi* de las innovaciones en los elementos comunes, cuya contravención legitima a la Comunidad para el ejercicio de la correspondiente acción judicial.

4.- La realización de obras en elementos comunes, conforme a la regulación contenida en la LPH, arts. 7.2 , 11 y 17 regla 1 .ª, requiere la autorización de la comunidad, sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los restantes propietarios o intereses comunitarios, factor el indicado que solo es contemplado en el art. 7 de la precitada Ley para las llevadas a cabo en el interior de cada piso (STS 20 abril 1994).

»Tercero. De la aplicación de las anteriores consideraciones al presente caso, se llega a la decisión de la presente litis en los siguientes términos:

1.- Aparece acreditado en el proceso que sobre la terraza existente en la cubierta del edificio, de titularidad común pero cuyo uso está atribuido con exclusividad a demandados, en cuanto que propietarios de la vivienda NUM003 NUM004 , se han ejecutado las obras que se expresan en la demanda, consistentes en la construcción de una habitación acristalada, con una dependencia contigua, que han sido incorporadas a la vivienda. La superficie acondicionada es de 28,78 metros cuadrados, totalmente cerrada, mediante citara de ladrillo y perfilaría de aluminio, conformándose con esta la carpintería exterior. El techo se ha realizado con perfiles metálicos empotrados en el cerramiento de la vivienda y bovedillas planas cerámicas machihembrados, con una pequeña capa de compresión y terminación de imprimación asfáltica. (Documental, fotografías, informe emitido por don Blas , arquitecto técnico).

2.- También consta que las mencionadas obras no han sido expresamente autorizadas por la Comunidad de Propietarios del Edificio (documental, actas de reunión de la Junta de propietarios; testifical de doña Zulima , administradora de la Comunidad de Propietarios).

3.- Las obras anteriormente referidas representan una alteración de un elemento común del edificio. Efectivamente, las obras en cuestión afectan a la terraza superior, coincidente con la cubierta del inmueble, de indudable carácter común, abstracción hecha de la circunstancia de que su uso esté atribuido con exclusividad a los demandados, al tiempo que suponen una alteración de la configuración de tal elemento



común, modificando su distribución espacial, que pasa de ser una terraza diáfana a constituir una estancia cerrada, incorporada a la vivienda NUM003 NUM004 .

4.- Aun cuando no se ha acreditado cumplidamente la completa autoría de las obras ni la época en que se ejecutaron las mismas, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

4.1.- Por lo que respecta a la autoría de las obras, consta, por expreso reconocimiento de los demandados, que estos ejecutaron obras en la terraza común después de comprar la vivienda NUM003 a sus anteriores propietarios, si bien no se ha acreditado que dichas obras se correspondan totalmente con la modificación y alteración de elementos comunes; afirmando los demandados que dicha alteración se había realizado en sus aspectos principales con mucha antelación a la compra de la vivienda, por los anteriores propietarios de la finca.

La expresa circunstancia resulta irrelevante a los efectos de la prosperabilidad de la acción ejercitada en el presente proceso y de su efectividad frente a los demandados. Efectivamente, siendo los demandados los actuales propietarios de vivienda NUM003 NUM004 , son estos quienes han de soportar la pretensión dirigida a la eliminación de las alteraciones llevadas a cabo en elementos comunes directamente relacionados con aquella vivienda, bien como autor de dichas alteraciones, bien como causahabiente de quien realmente las ejecutó, dado que la transmisión de las fincas coloca a los adquirentes en la misma posición que previamente tenía el transmitente, haciéndole responsable frente a la Comunidad de Propietarios de las actuaciones llevadas a cabo por su causante con relación a la finca vendida, sin perjuicio de las ulteriores acciones que, por ello, correspondan a aquellos (compradores) frente a este (vendedor).

4.2.- Respecto de la antigüedad de las obras, tampoco se ha adquirido certeza sobre este hecho. De un lado, los demandados alegan que las obras tienen una antigüedad superior a los 15 años, por lo que, a su juicio, habría prescrito la acción ejercitada en el proceso; estas alegaciones son corroboradas por el anterior propietario de la vivienda NUM003 NUM004 , don Isaac (testifical). Sin embargo, la única referencia a esta cuestión, con un carácter más objetivo, la encontramos en el informe de don Blas , arquitecto técnico, emitido precisamente a solicitud de los demandados, en el que el perito solo llega a afirmar que las obras de acondicionamiento de parte de la terraza tienen una antigüedad superior a 5 años.

Estas alegaciones suscitan la cuestión de cual sea el plazo de prescripción de la acción ejercitada en el proceso, lo que conecta con la naturaleza personal o real de la misma. Así, si se trata de una acción real, el plazo de prescripción será de 30 años (art. 1963), en tanto que si la acción tiene naturaleza personal, será de aplicación el plazo de prescripción de 15 años (art. 1964 CC).

La cuestión no ha sido resuelta de manera pacífica por la jurisprudencia, ni ha recibido un tratamiento unitario en la doctrina de las Audiencias Provinciales; así mientras las SSAAPP de la Rioja, 14 marzo 2000 , Albacete, 11 mayo 1999 , Guipúzcoa, 27 marzo 2002 , Asturias, 11 marzo 1999 o Madrid, Sección 25, 6 octubre 2004, le otorgan naturaleza real, las SSAAPP de Baleares, 18 abril 2000 , Valladolid 2 julio 1999 , Valencia, 8 abril 1977 , Barcelona, 18 mayo 1999 y Málaga, Sección 5, 17 junio 2004 se inclinan por su naturaleza personal.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión, considerando que *si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la Ley sobre Propiedad Horizontal, y en este segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1964, quince años (STS de 13 julio 1995)*. Existiendo otro pronunciamiento más reciente (STS 11 noviembre 2002), en el sentido de que *la acción dirigida a obtener el reintegro del espacio ocupado a la titularidad de la Comunidad de Propietarios, como elemento común, es una acción de carácter real, a la que son aplicables los arts. 1959 y 1963 del Código Civil (prescripción de treinta años)*.

Por tanto, teniendo en cuenta la concurrencia en los demandados de la doble condición de adquirentes de la vivienda y coautores de las obras de modificación de elementos comunes, con apropiación de espacio común, el término de prescripción de la acción dirigida al reintegro del elemento común al estado y situación anterior a las obras sería de 30 años. Lo que nos lleva a concluir que en ningún caso se habría producido la prescripción de la acción ejercitada por la parte demandante.



5.- Por todo lo que, habiéndose probado la realidad de las alteraciones efectuadas en un elemento común del Edificio, concretamente la terraza existente en la cubierta, con apropiación por el demandado de parte de dicho elemento común, así como que las referidas alteraciones han sido efectuadas sin consentimiento de la Comunidad de Propietarios, procede estimar la demanda, condenando a los demandados a la demolición de las obras origen de las repetidas alteraciones, reponiéndose los elementos afectados por las mismas a su estado primitivo, previo a tales obras.

Tratándose del ejercicio de una acción dirigida a la defensa de la integridad de los elementos comunes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, la ilegalidad de la alteración de tales elementos comunes no depende ni exige que de ella se deriven molestias o perjuicios para los propietarios del inmueble; esta circunstancia no resulta relevante en este contexto, ni siquiera para justificar la legitimación activa del comunero que actúa ante la pasividad de la Comunidad de Propietarios y en interés de la misma.

»Cuarto. Estimada la demanda, procede imponer las costas procesales a los demandados, por aplicación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .»

TERCERO.- La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 5 de marzo de 2009, en el rollo de apelación n.º 784/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Se estima el recurso de apelación formulado por el procurador don Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de don Mariano y doña Antonieta , contra la sentencia dictada en fecha 2 de mayo de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de los de Málaga , en los autos civiles de juicio ordinario n.º 1341/04, y en su consecuencia se revoca íntegramente la sentencia, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, e imponiendo expresamente al demandante don Gabino el abono de las costas causadas en aquella instancia; y todo ello, sin hacer expresa imposición de las originadas en esta alzada.»

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de los de Málaga, se alzan los apelantes don Mariano y doña Antonieta , alegando que la sentencia incurre en errores puntuales al valorar la amplia prueba practicada que llevan a una declaración de hechos probados que los arrastra, a saber:

.- Qué se construyó y cuándo: La documental aportada y la testifical reiterada confirman que la construcción existía desde que se construyó el edificio, hace mucho más de 15 años.

.- Las obras realizadas por los recurrentes, expresamente reconocidas, son de mera conservación.

.- La existencia de la construcción en la terraza era plenamente conocida y consentida por la comunidad desde siempre.

.- La comunidad a lo largo de su existencia nunca se ha pronunciado contra esas construcciones, y solo, a petición del demandante, acordó comprobar la absoluta seguridad de la terraza.

.- Inexistencia del perjuicio alguno para el actor.

»Segundo. Premisa fundamental a los efectos de dar respuesta a la cuestión controvertida suscitada en el procedimiento judicial del que trae causa el presente recurso de apelación es recordar que reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial vienen manteniendo que cuando un edificio se halla dividido en régimen de propiedad horizontal deben distinguirse en él las partes privativas de cada copropietario, constituidas por los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente atribuidos a cada uno con carácter exclusivo, de las partes comunes necesarias para el adecuado uso y disfrute de las mismas cuya propiedad se adscribe, como anejo inseparable, a la que de aquellas - artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal -, debiendo diferenciarse dentro de los elementos comunes los que lo son "por naturaleza" de los que lo son "por destino" o adscripción voluntaria al servicio comunitario de todos y algunos de los elementos privativos, distinción de importancia que se establece por cuanto que en tanto los comunes esenciales -por naturaleza- son inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptibles de aprovechamiento independiente, indivisibles por ley física, los segundos, los accidentales, o por destino, deben entenderse como aquellos que en concepto de anejos se adscriben al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares, sin que ello sea necesario por ley física, por lo que los primeros -comunes por naturaleza- siempre ostentan tal condición de esenciales sin que puedan llegar a perderla por decisión o acuerdo alguno, mientras que, por el contrario, los segundos -comunes por destino- sí pueden llegar a perder tal carácter si así se acuerda válidamente en Junta de Propietarios, desafección que



exigiría, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal acuerdo unánime de todos los copropietarios.

»Tercero. Un renovado examen de las actuaciones y el visionado del soporte audiovisual conducen a la Sala a estimar que el recurso de apelación debe tener favorable acogida.

Mantenía el demandante que a principios del año 1998 la vivienda NUM005 . NUM004 NUM004 , que ostenta el uso privativo de la terraza que hay sobre la cubierta de su vivienda, fue adquirida por los demandados don Mariano y doña Antonieta , teniendo ambos inmuebles la misma superficie, es decir, 151,09 m2, por lo que los propietarios de la vivienda NUM005 NUM004 no son propietarios de la terraza que, tan solo, utilizan privativamente y que se encuentra sobre la cubierta de su vivienda; añadía que, a partir de la adquisición de dicho inmueble, habían realizado obras sobre la cubierta del edificio, ampliando la vivienda superior sobre la cubierta, al parecer en más de 30 m2, colocando además unas desproporcionadas macetas y hasta una barbacoa, aumentando los ruidos, por lo que solicitaba se dictase sentencia condenando a los demandados a retirar a su exclusiva costa toda la construcción realizada sobre la cubierta a que se refiere el cuerpo de la demanda.

Sin embargo, de las pruebas obrantes en las presentes actuaciones ha quedado debidamente acreditado, a juicio de este tribunal, que los demandados suscribieron escritura de compraventa del inmueble de referencia el día 31 de diciembre de 1997 (documento n.º 1 de la contestación a la demanda), aunque la habían adquirido en el mes de mayo del mismo año, y que los mismos únicamente han construido un pequeño trastero en la terraza, además de obras de acondicionamiento, mantenimiento y mejora en las obras que ya estaban construidas cuando adquirieron el inmueble, y que llevaban construidas más de quince años.

En efecto, los demandados antes de proceder a la adquisición del inmueble interesaron la tasación del mismo (documento n.º 3), donde se describe la finca, apareciendo que en la terraza ya existía la construcción, es decir, que el cerramiento de la terraza preexistía a la compra de la vivienda; lo que viene corroborado no solo por las manifestaciones del demandado Sr. Mariano , sino por la prueba testifical de don Isaac , a la sazón antiguo propietario de la vivienda NUM005 NUM004 y que vendió la finca a los demandados, y de don Argimiro , que relató al tribunal sin género de dudas y sin contradicción alguna que "... la construcción se hizo recién llegado, que él ha ido a visitar posteriormente la vivienda y que la estructura es la misma, que desde un principio se hizo la construcción por lo propietarios anteriores, sobre finales del año 1979 o principios de los 80".

»Cuarto. Centrada así la cuestión, la Sala comparte el argumento esgrimido por el juzgador de instancia cuando dice en su resolución "... siendo los demandados los actuales propietarios de la vivienda NUM003 NUM004 , son estos quienes han de soportar la pretensión dirigida a la eliminación de las alteraciones llevadas a cabo en elementos comunes directamente relacionados con aquella vivienda, bien como autor de dichas alteraciones, bien como causahabientes de quien realmente las ejecutó, dado que la transmisión de las fincas coloca a los adquirentes en la misma posición que previamente tenía el transmitente, haciéndole responsable frente a la Comunidad de Propietarios de las actuaciones llevadas a cabo por su causante con relación a la finca vendida, sin perjuicio de las ulteriores acciones que, por ello, correspondan a aquellos (compradores), frente a este (vendedor)...".

Ahora bien, habiendo quedado acreditado que la construcción realizada en la terraza del inmueble consistente, según manifestó el anterior propietario en "una habitación amplia con dos paredes acristaladas y otra anexa construida de obra y de pequeñas dimensiones y con una ventana hacia el Este" (documento n.º 2 de la contestación, al folio 86), el problema que se suscita es cuál sea el plazo de la acción ejercitada en la proceso, lo que conecta, como dice la sentencia recurrida, con la naturaleza personal o real de la misma, pues si se trata de una acción real, el plazo de prescripción será de 30 años (artículo 1963 del C. Civil), en tanto que si la acción tiene naturaleza personal, será de aplicación el plazo de prescripción de 15 años (artículo 1964 CC).

Y aquí discrepa la Sala de la conclusión adoptada por el juzgador "a quo", que entendió que "... el término de prescripción de la acción dirigida al reintegro del elemento común al estado y situación anterior a las obras sería de 30 años..."; y ello porque como ha tenido ocasión de declarar este tribunal en su sentencia de fecha 17 de junio de 2004 "... No puede desconocerse que la cuestión de cual fuera la naturaleza de la acción que corresponde a las comunidades sujetas a la Ley de Propiedad Horizontal por las obras realizadas por alguno de los vecinos sin haber obtenido el consentimiento de los demás no ha recibido un tratamiento unitario en la doctrina de las Audiencias Provinciales; así mientras las SSAP La Rioja de 14 de marzo de 2000 y AP Albacete de 11 de mayo de 1999 , le otorgan naturaleza real, las SSAP de Baleares de 18 de abril de 2000 y Valladolid de 2 de julio de 1999 , se inclinan por su naturaleza personal.

En efecto, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de enero de 2003 , no existe uniformidad en la respuesta que se ha dado por la jurisprudencia a este tema, es decir, el plazo de prescripción que ha de estimarse aplicable a la acción tendente a restaurar a su estado originario un elemento común



que ha sido alterado, pues mientras unas resoluciones, y en supuestos como cuando se trata de reintegrar a sus estado originario determinados elementos comunes, cuando se hace referencia a una cuarto trastero común cuya configuración y acceso se cambió por un comunero o cuando se trata de un supuesto de obras en terraza, se establece que regirá el plazo de 15 años del artículo 1964 del Civil, en otras resoluciones se habla de acción real, con sus treinta años de prescripción, como cuando se trata de la defensa del interés común y del derecho singular, copropiedad, que cada uno de los comuneros ostenta sobre los elementos comunes, o cuando se trata de la propiedad común de varias personas respecto de la que se acciona para reintegrar la misma a su estado originario, para lo cual se interesa la realización de las obras necesarias a tal fin, e incluso en otras resoluciones se mantiene una posición intermedia, llevando a cabo una clara distinción, según se dirija la acción contra el autor de la perturbación o frente a un comunero, pues en el primer caso se habla de acción real y en el segundo de acción personal, con su distinto y diverso plazo de prescripción, distinción esta que tendría su justificación en tanto que en el primer caso se trata de defender la propiedad común frente a un tercero ajeno a la comunidad que la ha atacado, por lo que se estaría en el ámbito de la acción reivindicatoria ejercitada por la titular de ese elemento común alterado, la Comunidad, contra un tercero extraño a ella, no propietario, en tanto que en el segundo, en el que la acción se dirige frente a un comunero, al margen de que sea quien realiza la alteración o no y que no es un extraño no propietario, la propiedad no sería discutida, sino que sería objeto de discusión precisamente el incumplimiento por parte de aquel de su obligación derivada del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal de no realizar alteración alguna en los elementos comunes, interesándose de él la reposición de ese elemento común alterado a su estado primitivo, por lo que la acción sería una consecuencia de las relaciones y obligaciones que surgen por su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por dicha Ley.

Este tribunal estima que la cuestión objeto de debate ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo, y entiende que la naturaleza de la acción ejercitada en el presente supuesto es de naturaleza personal, y por tanto sometida al plazo de prescripción de 15 años que contempla el artículo 1.64 del C. Civil ; así la sentencia de dicho Alto Tribunal de fecha 13 de julio de 1995 establece literalmente en su fundamento de derecho sexto: "El tema concerniente a la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda no se presenta con unos caracteres tan claros como se pretende en el recurso, pues si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la Ley sobre Propiedad Horizontal, y en este segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1964, quince años, cuyo plazo habría transcurrido, habida cuenta que el sótano se construyó en mayo de 1973 y la demanda se presentó en 21 de marzo de 1991...".

Y esta doctrina es ratificada por la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 19 de diciembre de 2005, según la cual: "... La realidad del tiempo transcurrido, dieciocho años, sin objeción alguna de la existencia del sótano permite traer a colación determinada doctrina de la Sala en torno a la exigencia por la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar los elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, doctrina la expresada que se encuentra recogida, entre otras, en las sentencias de 28 de abril de 1986, y 28 de abril y 16 de octubre de 1992, y tiene su explicación en que, en razonamiento de la sentencia de 16 de octubre de 1992, el transcurso pacífico de tan largo periodo de tiempo, veinte años, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, y, asimismo, la doctrina expuesta tiene acogida en la sentencia de 21 de mayo de 1982, de aplicación al caso que tratamos aunque el supuesto fáctico se refiere a una reclamación de cantidad, en cuanto señala "que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el art. 7.1 del Código Civil ".



Y como ha quedado debidamente acreditado que estas obras fueron realizadas por el anterior propietario a finales del año 1979 o principios de los años 80, y que la demanda rectora de este pleito se presentó en el mes de noviembre de 2004, resulta obvio que han transcurrido más de 15 años, y por tanto la acción está prescrita.

»Quinto. Sin embargo, podría argumentarse que existiendo reconocimiento expreso por parte de los demandados de que ellos han construido en la misma terraza un pequeño trastero de unos 4 m², la prescripción no afectaría a esta construcción.

La doctrina jurisprudencial ha establecido sistemáticamente que el cierre o cubrición de espacios diáfanos, como son los que se forman a nivel del suelo del patio de luces, balconadas o terrazas de la últimas plantas de los inmuebles, suponen la realización de obras que requieren el consentimiento unánime de todos los miembros que formen la junta de propietarios del edificio (TS 3 de febrero de 1994, 16 de julio de 1992, 23 de marzo de 1992, 14 de octubre de 1991, 3 de abril de 1990 y 3 de julio de 1989, entre otras muchas). Si los espacios sobre los que se realiza la obra tienen la consideración de elementos comunes, aun cuando por su situación se haya adjudicado su uso en exclusiva a uno de los espacios privativos, la realización de obras está prohibida por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, que prohíbe tajantemente la realización de cualquier alteración en el inmueble distintas del espacio privativo de cada comunero (TS 24 de febrero de 1996), hasta el punto de que las reparaciones urgentes debe comunicárselas al administrador. Por ello para la realización de este tipo de obras se requiere siempre el previo consentimiento unánime de todos los comuneros, conforme a la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto afectan al título constitutivo de la Comunidad, según establece el artículo 12 de la misma Ley (TS 13 de marzo de 1981, 9 de enero de 1984, 3 de julio de 1989, 10 de julio de 1991, 22 de julio de 1999 y 13 de septiembre de 2002).

No ofrece dudas que esta pequeña obra realizada por los demandados afecta a un elemento común del edificio, y que por lo tanto le sería de aplicación lo establecido en el artículo 7 de la citada Ley; pero no obstante, no toda la jurisprudencia interpreta esta condición como algo absoluto e incondicional, sino que converge otra más reciente que, de acuerdo con la doctrina y la realidad social de las cosas, trata de flexibilizar tan rígido criterio legal a fin de evitar, conforme a los principios de igualdad, equidad y buena fe que inspiran y modulan el ejercicio de los derechos (artículo 14 de la Constitución Española y 7 del Código Civil), las posiciones discriminatorias, de preponderancia y de interés particular injustificado o abusivo de un copropietario en perjuicio del interés común y general, a la vez que fomentar la buena armonía, necesaria para la gobernabilidad de toda Comunidad. Por ello, esta línea jurisprudencial proclama que para que la Comunidad o alguno de los comuneros pueda ejercitar el "ius prohibendi" que le confiere el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal es preciso que la pretensión no sea discriminatoria respecto a otros copropietarios (SSTS de 31 de octubre de 1990 y 5 de marzo de 1998) o que se produzca algún quebranto o perjuicio para cualquiera de ellos (SSTS de 17 de junio de 1993 y 10 de marzo de 1997 ; SSAP de Toledo, Sección Primera, núm. 76/01, de 22 de febrero ; Guipúzcoa, Sección 3.ª, núm. 106/98, de 24 de abril ; Castellón, Sección 3.ª, núm. 277/00, de 11 de mayo ; Alicante, Sección 5.ª, núm. 277/99, de 16 de febrero , entre otras).

En análogos términos se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 24 de enero de 2006 cuando dice: "... Por último, ha de traerse a colación, el criterio seguido mayoritariamente por las Audiencias Provinciales, que obliga a atender a la realidad fáctica relativa a la coexistencia previa y admitida (expresa o tácitamente) de otras obras, construcciones o cerramientos similares (STS 31-10-1990); SSAAPP de Sevilla, 14-7-2000 , Madrid, de 10-7-2000 ; Las Palmas de 17-4-2001 y 16- 9-2002, entre otras muchas). Esta doctrina tiende a evitar "agravios comparativos", injustos resultados y aplicaciones automáticas de la Ley, desconectadas de la letra y del espíritu de los artículos 3.1 del Código Civil y 7 de mismo texto, teniendo declarado la jurisprudencia que debe evitarse la clara discriminación o desigualdad de trato de obligar a unos copropietarios a demoler aquellas pequeñas obras o instalaciones y permitir que otros sigan disfrutando de obras similares. También en esta línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 , que considera legítimo el derecho de la comunidad a preservar y conservar el aspecto externo del edificio cuando el ejercicio de ese derecho no implique un abuso, tal y como suponía en el caso concreto que analizaba en el que el cierre de la terraza no suponía una alteración de la fachada y el obligar al propietario a retirarlo suponía un ataque al principio de igualdad al haber otros departamentos cerrados..."

Y también la sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 11 de enero de 2006 cuando establece que: "... A este respecto conviene tener en cuenta y aplicar la jurisprudencia que interpreta el requisito del consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios exigido en el artículo 7 de la LPH debe entenderse no de forma absoluta e incondicional, sino de acuerdo con la doctrina y la realidad social de las cosas, flexibilizando tal criterio legal a fin de evitar, conforme a los principios de igualdad, equidad y buena fe que inspiran y modulan el ejercicio de los derechos (arts. 14 de la Constitución Española y 7 del Código Civil), las posiciones discriminatorias, de preponderancia y de interés particular injustificado o abusivo



de un copropietario en perjuicio del interés común o general. En tal sentido es de citar la sentencia de la AP de Murcia de fecha 21 de enero de 2003 ..., por lo que es preciso en cada caso evaluar la gravedad de las mutaciones producidas en los elementos comunes, flexibilizando dicho régimen legal, de suerte que solo deben prosperar las impugnaciones cuando las obras ejecutadas sin el consentimiento de la Comunidad sean verdaderamente esenciales y relevantes para los intereses de la Comunidad, no cumpliéndose dicho requisito si la restitución del elemento afectado a su estado originario no comporta beneficio alguno, cuando la situación actual tampoco causa quebranto de ninguna especie ni merma el derecho a utilizar elementos comunes o cuando la misma comunidad haya consentido, activa o pasivamente, otras obras idénticas, similares o análogas...".

En definitiva, se entiende que sería abusivo que se negase a un propietario ventajas que se concedieron a otro u otros, en situación equivalente (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1990).

Y en el presente supuesto, la Sala entiende que estimar la demolición del pequeño trastero, que en nada afecta a la estructura del edificio, ni supone una alteración o modificación del inmueble, en relación con las otras obras ejecutadas por el anterior propietario a las que previamente nos hemos referido, y cuyo ejercicio de la acción está prescrita, supondría un agravio comparativo en relación con las demás obras ejecutadas en toda la Urbanización, incluida la que el propio demandante ha reconocido que ejecutó, al igual que otras comuneros, consistente en el cerramiento de las terrazas de su vivienda.

»Sexto. Que al estimarse el recurso de apelación, a tenor de lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hará expresa imposición de las costas causadas en esta alzada; debiendo la parte demandante soportar las originadas en aquella instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 394 del mismo texto legal .»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Gabino , se formula un motivo único que se introduce con la siguiente fórmula:

«Único. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el n.º 3 del apartado 2 del artículo 477 LEC denunciando la infracción de los artículos 1959 y 1963 CC , por inaplicación de los mismos, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 477.3 LEC , pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales»

Considera el recurrente, en síntesis, que:

1. La acción que ha ejercitado es de naturaleza real y por tanto sometida al plazo de prescripción de 30 años.
2. Existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales: la Sección 5.º de la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencias de 17 de junio de 2004 , o 15 de junio de 2006 , califican a una acción como la ejercitada por el recurrente como de naturaleza personal mientras que las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de La Rioja de 14 de marzo de 2000 y 1 de marzo de 1999 , aluden a la naturaleza real de esta acción.
3. El Tribunal Supremo también defiende la naturaleza real de la acción ejercitada por el recurrente, tal y como se desprende, entre otras, de la STS de 11 de noviembre de 2002 .

SEXTO.- Por auto de 20 de abril de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de D.ª Antonieta y D. Mariano se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. El recurso de casación incurre en causa de inadmisión pues no existe el interés casacional que se alega. Las sentencias citadas por el recurrente no se dictan en atención a supuestos de hecho idénticos o similares.
2. En las sentencias citadas por el recurrente las acciones que se ejercitan pretenden la recuperación por parte de la comunidad de un espacio que, siendo común, ha sido objeto de apropiación por un copropietario.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 10 de enero de 2012, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil

LEC, Ley de Enjuiciamiento Civil.

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente una demanda, por la que el copropietario de una vivienda integrada en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, solicitaba se ordenara retirar las obras realizadas por otro copropietario en la terraza, de naturaleza común y uso privativo, existente en su vivienda, al haberse realizado sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.
2. Consideró, en síntesis, que pese a que no se había acreditado la antigüedad exacta de las obras, y aunque estas llevaban realizadas más de cinco años, al afectar a un elemento común, la naturaleza de la acción ejercitada era de carácter real, por lo que estaba sometida al plazo de prescripción de 30 años, que en ningún caso había transcurrido.
3. La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación.
4. Tras valorar como plenamente acreditado que las obras de cerramiento de la terraza habían sido ejecutadas por el propietario anterior del edificio en torno a los últimos años de la década de los 70 o principios de la década de los 80, consideró, en síntesis, que la acción ejercitada por la parte demandante, tendente a la retirada de las obras, tenía naturaleza personal. Consecuentemente, valoró que el plazo de prescripción al que la acción estaba sometido era de 15 años, plazo de tiempo que había transcurrido.
5. La parte demandante ha formulado recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3 LEC .

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo único del recurso de casación.*

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Único. El recurso de casación se interpone al amparo de los dispuesto en el n.º 3 del apartado 2 del artículo 477 LEC denunciando la infracción de los artículos 1959 y 1963 CC , por inaplicación de los mismos, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 477.3 LEC , pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales»

Considera el recurrente, en síntesis, que la acción que ha ejercitado a través de la presentación de la demanda, tiene una naturaleza real, y que, por tanto está sometida al plazo de prescripción de 30 años. Señala que existe una jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, pues, indica, que mientras que la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencias de 17 de junio de 2004 , o 15 de junio de 2006 , califican a una acción como la ejercitada por el recurrente como de naturaleza personal, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de La Rioja de 14 de marzo de 2000 y 1 de marzo de 1999 , aluden a la naturaleza real de esta acción. Añade el recurrente que el Tribunal Supremo también defiende la naturaleza real de esta acción, entre otras, en la sentencia de 11 de noviembre de 2002 .

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- *Cierre de terrazas. Naturaleza de la acción.*

A) Tal y como se declara, entre otras, en la sentencia de esta Sala citada por la parte recurrente en apoyo del interés casacional que sostiene su recurso, tienen una naturaleza real las acciones ejercitadas en el ámbito de la propiedad horizontal que se dirigen a obtener el reintegro de espacios comunes de titularidad comunitaria que son o han sido ocupados por algún copropietario. Se trata de acciones reivindicatorias tendentes a recuperar el dominio de un concreto espacio, que teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación por parte de un copropietario.

B) Sin embargo esta doctrina no es aplicable al supuesto que se ahora se analiza, ya que la parte recurrente, en su día demandante, no ha ejercitado ninguna acción de naturaleza real por la que se pretendiera la recuperación del dominio de un espacio común invadido ilegítimamente por algún copropietario. La demandada es propietaria de una vivienda que tiene atribuido, para su uso privativo, una terraza de naturaleza común. Ninguna de estas circunstancias ha sido objeto de debate ni, por tanto negada por la parte recurrida: el espacio donde está situada la terraza de cuyo uso disfruta es un elemento común de uso privativo. La parte demandante ha formalizado una demanda mediante la que únicamente pretendía que se retirara por parte de los demandados la construcción realizada en la terraza de cuyo uso privativo disfrutaban porque, afectando a un elemento común, había sido ejecutada sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

La Audiencia Provincial tras considerar plenamente acreditado que la obra de cerramiento ejecutada en la terraza de la vivienda del demandado tiene una antigüedad muy superior a los 15 años, aplica la jurisprudencia



fijada por esta Sala, conforme a la cual, acciones como la ejercitada por los demandantes, centrada en una obligación de hacer es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen por la pertenencia del demandado a una comunidad de propietarios sometida al régimen de la LPH, por lo que está sometida a un régimen de prescripción de 15 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1964 CC .

CUARTO.- Costas.

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal contra la Sentencia dictada el 5 de marzo de 2009, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 784/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Se estima el recurso de apelación formulado por el procurador don Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de don Mariano y doña Antonieta , contra la sentencia dictada en fecha 2 de mayo de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de los de Málaga , en los autos civiles de juicio ordinario n.º 1341/04, y en su consecuencia se revoca íntegramente la sentencia, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, e imponiendo expresamente al demandante don Gabino el abono de las costas causadas en aquella instancia; y todo ello, sin hacer expresa imposición de las originadas en esta alzada.»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponemos las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.