

Roj: STS 2488/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100248
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 620/2007
 Nº de Resolución: 265/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INTERÉS CASACIONAL x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x ELEMENTOS COMUNES POR DESTINO x
- x PROPIEDAD HORIZONTAL x
- x ELEMENTOS COMUNES x
- x ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA x

Resumen:

Propiedad Horizontal. Reclamación a una Comunidad de Propietarios de los gastos de reparación de una terraza aneja a la vivienda del propietario demandante. Interés casacional. Elementos comunes por destino y por naturaleza.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 620/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , n.º NUM000 de Torrejón de Ardoz, Madrid, aquí representada por el procurador D. Víctor García Montes, contra la sentencia de 18 de enero de 2007 dictada en grado de apelación, rollo n.º 698/2006 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18 .ª dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 791/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrejón de Ardoz. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Adela Cano Lantero en nombre y representación de D. Ignacio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrejón de Ardoz, dictó sentencia el en el juicio ordinario n.º 791/2005 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando la demanda interpuesta por D. Ignacio , debo absolver a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , NUM000 de Torrejón de Ardoz de los pedimentos de la misma, condenando al actor al abono de las costas procesales.».

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«Primero: La solución de los litigios en materia de Propiedad Horizontal ha de tener presente no sólo el genérico *artículo 396 del Código Civil* , sino sobre todo su ley especial reguladora, la *Ley 49/1960 de 21 de julio* , sobre propiedad horizontal, y particularmente los estatutos de la comunidad y normas de régimen interior, si los hay.

En este sentido, los estatutos de la comunidad demandada, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, desde el 6 de febrero de 1979, como resulta de la certificación registral aportada como documento 22 de la demanda y del documento 1 de la contestación, establecen en su *artículo 1º*, que comienza refiriendo las distintas situaciones en que pueden estar las terrazas comunitarias que son cubiertas del edificio (comunes, comunes de uso privativo por varios comuneros o comunes de uso privativo por uno solo), que "(...) No tienen la consideración de elementos comunes las demás terrazas, ni incluso aquéllas que sean a la vez cubiertas de la casa o edificio, las cuales se considerarán privativas a los pisos o viviendas con las cuales se comunica", como es el caso del NUM001 del actor, adquirido por compra en el año 1997 (documento 2 de la demanda), cuya terraza es privativa y cubierta del edificio, sin que dicha norma comunitaria, de más de 25 años y conocida por el demandante, sea contraria el régimen jurídico por el que se regula la propiedad de casas por pisos, en el que se admite que las terrazas "pueden tener naturaleza privativa si así se ha determinado en el título constitutivo de la propiedad horizontal" (STS 23-2-1993), como es el caso.

Así pues, siendo privativa la terraza, es el actor quien debe soportar los gastos de conservación de la misma, impermeabilizándola, aislándola, y más cuando la Comunidad ya previó esta situación calificando las distintas terrazas en sus estatutos en función de su uso y aprovechamiento, dejando claro que la terraza del demandante, aun siendo cubierta, era privativa, sin que pueda acogerse el argumento de que si el actor dejase que se produjesen filtraciones por su terraza, los pisos de abajo se verían perjudicados y por eso la obligación de reparar es de la Comunidad, porque entonces, si tal cosa hiciera el actor, sería éste responsable de los perjuicios causados a los vecinos, precisamente por descuidar un bien que es suyo y que está causando daños (*ex art. 1902 CC y concordantes*).

»Segundo: Desestimándose la demanda, el actor abonará las costas procesales de este procedimiento (*artículo 394.1 LEC*).»

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Madrid Sección 18.^a, dictó sentencia el 18 de enero de 2007 en el rollo de apelación n.º 698/2006 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales Sra. Llamas Villar, en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones de fecha 15 de mayo de 2006 a que el presente rollo se contrae, y estimándolo debemos dar lugar al mismo, y, en consecuencia con revocación de la meritada resolución debemos condenar y condenamos a la demandada al pago de la suma de 5.654,05 euros, más el interés legal de dicha suma, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.»

CUARTO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«Primero.- Que en los presentes autos y por la parte actora se deduce demanda contra la comunidad de propietarios de la que forma parte en reclamación de cantidad. La base de dicha reclamación estriba en que el demandante es propietario del piso NUM001 letra NUM002 de la escalera NUM003 del edificio sito en la CALLE000 n.º NUM000 de Torrejón de Ardoz correspondiéndole como anejo una terraza que es a la vez cubierta del edificio, presentando la misma determinados defectos que son causa de humedades que el actor padece en su vivienda por lo que ha debido arreglar la terraza consistiendo la misma en la reparación de la lámina impermeabilizante o tela asfáltica colocada debajo del pavimento de la terraza, por lo que procede la reclamación contra la comunidad de propietarios. La demandada comparecida en autos opone a la reclamación de la actora que la dicha terraza no es elemento común de la finca sino privativo del demandante según se desprende del título constitutivo de la comunidad, argumento admitido por la Juzgadora de instancia que procede a rechazar la demanda.

»Segundo.- Planteados en esta forma los términos en los que se desenvuelve la litis, la cuestión es eminentemente jurídica pues no se han puesto en cuestión los defectos en la terraza ni la necesidad de reparar la misma, ni el hecho de que las humedades padecidas no tiene su origen en defectos del pavimento sino en un defecto en la lámina impermeabilizante. Un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal, tiene partes privativas de cada propietario, constituidas por espacios susceptibles de aprovechamiento independiente atribuidas a cada uno con carácter exclusivo, de partes comunes necesarias para el adecuado uso y disfrute de las mismas, cuya propiedad, se adscribe, como anejo inseparable, a las de aquéllas -*art. 396 CC y art. 3 L 21 de julio de 1960*. Dentro de los elementos, se suele diferenciar por la doctrina y jurisprudencia, los que son por naturaleza y los que son por destino o adscripción voluntaria al servicio de todos o algunos de los elementos privativos. Los primeros van

inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptible de aprovechamiento independiente, siendo indivisible por Ley física. Como ejemplo los relacionados en el *art. 396 CC* ; vuelo, suelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres. Los segundos, elementos por destino, son aquéllos 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. Los elementos comunes por naturaleza, como tal, no pueden perder esta condición ni siquiera por acuerdo alguno de la comunidad, pues tiene dicha condición en virtud de derecho necesario; mientras que los comunes por destino, sí pueden perder el carácter si se acuerda válidamente. Pues bien en la relación que contiene el *art.º 396 del Código Civil* , tras la redacción dada por la *Ley 8/1999* , posterior a la escritura de obra nueva de la finca de referencia, se mencionan las terrazas como elementos comunes del inmueble, ya doctrina y jurisprudencia venían considerando su inclusión con tal carácter, dentro de la categoría de "cubierta", definida como aquel elemento común que limita el edificio por la parte superior, que cumple una función divisoria o de separación que sirve para la parcelación cúbica en pisos o locales, cubriendo o tapando el piso superior, de manera tal que si la misma está construida con tejas, no pisable, se la llama tejado y si es pisable se denomina terrado, terraza o azotea y, en este sentido, las terrazas de los pisos superiores son cubiertas del piso inmediato inferior, y de esta forma, sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1970 , 22 de diciembre de 1978 , 15 de marzo de 1985 , 27 de febrero de 1987 , 17 de junio de 1988 , 18 de julio de 1989 , 10 de febrero de 1992 , 17 de febrero de 1993 , 3 de febrero de 1994 , 29 de julio de 1995 entre otras muchas.

De ello se sigue que la terraza litigiosa en cuanto es además cubierta del edificio es un elemento común y además por naturaleza pues no cabe que la obra gruesa constituida por el cerramiento del edificio sea un elemento privativo y quedar al albur del propietario en cuestión proceder a la reparación del mismo, por lo que podría ocurrir que existiendo defectos en dicho elemento común el propietario a quien se le atribuye privativamente no lo repare con perjuicios para otros propietarios, por lo que afectando las obras no al pavimento de la terraza que podría sostenerse su carácter privativo sino a la lámina impermeabilizante o tela asfáltica debe sostenerse que se trata de reparación de un elemento común por naturaleza por lo que debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia.

»Tercero.- Que tratándose de una cuestión eminentemente jurídica no es procedente hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , n.º NUM000 de Torrejón de Ardoz, Madrid, se formulan los siguientes motivos:

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

«Infracción de los *artículos 396 CC* , y *artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal* »

Alega el recurrente, en resumen que la terraza del actor tiene estatutariamente el carácter privativo en tanto los estatutos de la comunidad aluden al distinto régimen de las distintas terrazas cubiertas del edificio a las que otorga carácter comunal, señalando en relación a la del actor que tiene carácter expresamente privativo pese a ser cubierta del edificio.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de la doctrina jurisprudencial»

Cita, a través de este motivo, diferentes sentencias dictadas por esta Sala, en las que el recurrente funda el interés casacional que alega, que se centra, exclusivamente en defender la posibilidad de que las terrazas que configuran en parte las cubiertas del edificio, pueden ser desafectadas y constituir elementos privativos. En definitiva, a través de las sentencias que cita pretende poner de manifiesto que la cubierta del edificio no es un elemento común por naturaleza, sino por destino, por lo que resulta posible la desafectación.

SEXTO.- Por auto de 3 de marzo de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Ignacio

se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.- Los daños producidos en la vivienda del actor, cuyo reembolso se reclaman son consecuencia del mal estado en el que se encuentra la terraza del mismo. Esta terraza, a su vez, hace las funciones de cubierta del edificio.

2.- Pese a que la terraza tenga la naturaleza privativa y en los estatutos se recoja la obligación del actor de hacer frente a los gastos de conservación o mantenimiento, los gastos derivados de defectos estructurales del inmueble como es el cambio o arreglo de la tela asfáltica, se deben reputar extraordinarios, pues exceden del normal uso y de la obligación genérica de conservación y mantenimiento.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 30 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

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

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

SSTS, 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 desestimó una demanda por la que un comunero solicitaba a la comunidad de propietarios en la que se situaba su vivienda, que hiciera frente a los gastos de reparación de la terraza aneja a su vivienda que formaba parte de la cubierta del edificio.

2. Consideró, en síntesis, que en los estatutos de la comunidad demandada, con una vigencia superior a 25 años, se exponía de modo claro que la terraza del actor era un elemento privativo a la vez que cubierta del edificio, por lo que la demanda no podía prosperar por ser el demandante, como propietario, el único obligado a acometer los gastos cuyo pago reclamaba a la comunidad.

3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la parte actora.

4. Consideró, en síntesis, que la cubierta del edificio es un elemento común por naturaleza, por lo que no podía ser objeto de desafección. Como la terraza del actor constituía parte de la cubierta del edificio, no podía ser calificada como un elemento privativo, por lo que la comunidad debía correr con los gastos exigidos por el actor, al tratarse de obras que afectan a la lámina impermeabilizante o tela asfáltica de la cubierta del edificio.

5. La comunidad de propietarios demandada ha formalizado recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º LEC .

SEGUNDO.- *Enunciación los motivos primero y segundo del recurso de casación.*

Los dos motivos del recurso se van a analizar conjuntamente, pues a través de ellos se plantea la misma cuestión jurídica, citando en el primer caso la parte recurrente los preceptos que considera vulnerados, y las sentencias de esta Sala en las que funda el interés casacional que alega en el segundo.

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

«Infracción de los artículos 396 CC , y artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal »

Alega el recurrente, en resumen que la terraza del actor tiene estatutariamente el carácter privativo en tanto los estatutos de la comunidad aluden al distinto régimen de las distintas terrazas cubiertas del edificio a las que otorga carácter comunal, señalando en relación a la del actor que tiene carácter expresamente

privativo pese a ser cubierta del edificio.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de la doctrina jurisprudencial»

Cita, a través de este motivo, diferentes sentencias dictadas por esta Sala, en las que el recurrente funda el interés casacional que alega, que se centra, exclusivamente en defender la posibilidad de que las terrazas que configuran en parte las cubiertas del edificio, pueden ser desafectadas y constituir elementos privativos. En definitiva, a través de las sentencias que cita pretende poner de manifiesto que la cubierta del edificio no es un elemento común por naturaleza, sino por destino, por lo que resulta posible la desafectación.

Ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Propiedad horizontal. Elementos comunes por naturaleza y por destino.

A) El interés casacional que sustenta el recurso de casación en su modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala, exige que la sentencia que se recurre haya vulnerado una doctrina, que en relación al mismo supuesto de hecho, haya fijado esta Sala. En este sentido se debe señalar que de una detenida lectura de las resoluciones que se citan, resulta que en ninguna de ellas se examina el supuesto de hecho que es defendido por la parte recurrente, a saber, que la cubierta del edificio puede quedar desafectada al límite de atribuir su propiedad exclusiva a uno de los copropietarios. Esto es así porque de alguna de las resoluciones que se citan se resuelven situaciones relativas a la naturaleza privativa o no de terrazas, que no tienen la cualidad de constituir la cubierta del edificio (así las SSTs 23 de febrero de 1993 y 15 de marzo de 1985) y en otras se analiza la posibilidad de que las terrazas que constituyen una parte de la cubierta del edificio, puedan quedar desafectadas, a los efectos de su uso privativo por parte de alguno de los copropietarios (SSTs 6 de julio de 2006 , 8 de octubre de 1999 , entre otras).

Ciertamente, como señala el recurrente, la enumeración que de los elementos comunes contiene el artículo 396 CC , es meramente enunciativa y dentro de los elementos que allí se citan, algunos tienen la consideración de comunes por naturaleza y otros por destino. En todo caso los denominados elementos comunes por naturaleza serían imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales y no podrían quedar desafectados, mientras que en los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación.

De las sentencias que se citan por el recurrente, cabe concluir que, sin duda, las terrazas los edificios constituidos en el régimen de propiedad horizontal son elementos comunes por destino, lo que permite atribuir el uso privativo de las mismas a uno de los propietarios sin embargo ninguna de las resoluciones que aporta refieren la posibilidad de atribuir la propiedad exclusiva en favor de algún propietario, de las cubiertas de los edificios configurados en régimen de propiedad horizontal donde se sitúan las cámaras de aire, debajo del tejado y encima del techo, con objeto de aislar del frío y del calor.

B) La recurrente defiende en todo caso, que la terraza del actor, incluyendo la cubierta del edificio es un elemento de naturaleza privativa, tal y como prevén los estatutos de la comunidad. Lo cierto es que los estatutos se limitan a señalar el carácter privativo de la terraza del actor, pese a ser cubierta del edificio, pero no se dota de tal naturaleza privativa a la cubierta, que resulta ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios tal como los cimientos o la fachada del edificio por ser el elemento común que limita el edificio por la parte superior. En definitiva, esta Sala no comparte el criterio de la Audiencia Provincial cuando afirma que la terraza litigiosa es, en todo caso, un elemento común por naturaleza ya que, como se ha indicado las terrazas de los edificios pueden ser objeto de desafección, por lo que en este punto el recurso de casación podría ser estimado. Sin embargo, el recurrente defiende en realidad el carácter privativo no sólo de la terraza sino también de la cubierta del edificio, en la que se han realizado las obras por el actor. La cubierta del edificio no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa, como se expone en los estatutos de la comunidad de propietarios del supuesto que se examina.

La conclusión que se alcanza es la misma que la que ofrece la Audiencia Provincial: el pago de las obras realizadas que la parte actora exige a la demandada son obligación de la comunidad de propietarios, por cuanto no afectaron a la terraza en sí misma considerada, ni constituyeron obras de conservación o

mantenimiento de la misma, o tuvieron su origen en una actuación dolosa o negligente del titular de la terraza, que hubieran podido afectar a la cubierta, sino a un elemento estructural como es la cámara de aire que existe en la cubierta del edificio, y más en concreto al necesario aislamiento que esta precisa para proteger al edificio de las inclemencias atmosféricas, como consecuencia del mal estado de las láminas de impermeabilización.

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 de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , n.º NUM000 de Torrejón de Ardoz, Madrid, contra la Sentencia dictada el 18 de enero de 2007, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), en el rollo de apelación n.º 791/2005 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales Sra. Llamas Villar, en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones de fecha 15 de mayo de 2006 a que el presente rollo se contrae, y estimándolo debemos dar lugar al mismo, y, en consecuencia con revocación de la meritada resolución debemos condenar y condenamos a la demandada al pago de la suma de 5.654,05 euros, más el interés legal de dicha suma, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.»

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

3. Se imponen 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. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Encarnacion Roca Trias. 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.