

Roj: STS 5081/2011  
Id Cendoj: 28079110012011100496  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 166/2008  
Nº de Resolución: 501/2011  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio 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 166/2008 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D.ª Florencia aquí representada por el procurador D. Eduardo Moya Gómez contra la sentencia de 27 de noviembre de 2007 dictada en grado de apelación, rollo n.º 373/2007 por la Audiencia Provincial de Jaén Sección 1 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 310/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Sandra Osorio Alonso en nombre y representación de D. Benedicto .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares dictó sentencia el 9 de julio de 2007 en el juicio ordinario n.º 310/2006 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando totalmente la demanda interpuesta a instancia de D. Benedicto , representado por la procuradora D.ª Irene Becerra Notario, contra D.ª Florencia , debo absolver y absuelvo a la citada demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra.»

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

«Primero. Ejercita la actora, en el presente procedimiento, una acción declarativa de condena basada en los *artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal así como el 396* del Código Civil por la cual se pretende obtener una condena de hacer consistente en la retirada de la estructura, toldo y tejado litigiosos que han sido colocados en el patio de luces comunitario.

Se opone la demandada a las pretensiones ejercitadas de contrario alegando, en primer lugar, la caducidad de la acción al amparo del *art. 18 LPH dado que el tejado se colocó en febrero del año 2003* y el toldo en 1997 (toldo que incluso fue repuesto en 2001 tras ser manchado por unas obras del edificio colindante y que dieron lugar a un juicio verbal n.º 348/2002 seguido ante este Juzgado contra Pinturas Bolívar y Axa).

En cuanto al fondo del asunto, admite la existencia de la estructura metálica, toldo y tejadillo si bien, se afirma que dichas instalaciones no son recientes y que en ningún momento, ni la comunidad a través de su presidente ni ninguno de los propietarios se ha opuesto a su instalación. En lo que se refiere a la más reciente, el tejadillo de plástico, alega que mide menos de medio metro y no impide que el actor tienda su ropa ni provoca molestias por ruido, primero porque el dormitorio no se ubica en esa ventana y segundo porque, de ser así, se hubiera interesado la retirada de otras estructuras similares situadas sin solución de continuidad que también molestarían.

Se niega que las instalaciones litigiosas sean molestas para el demandante que puede tender sin

ningún problema, alegando que el tejadillo se halla en una pared que no es común dado que la demandada ostenta según el título constitutivo de la comunidad el uso privativo del elemento común que es el patio de luces. Según esta parte, la Comunidad ha otorgado una autorización tácita, destacando que el actor fue presidente de la misma en los años 2000 y 2001 de modo que esta acción supone un abuso de derecho (el primer requerimiento se le hace en febrero de 2006).

»Segundo. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004 "caracteriza a la propiedad horizontal la yuxtaposición de dos clases de propiedades. De un lado, una singular y exclusiva, que recae sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y, de otro lado, una copropiedad, compartida con los demás dueños de pisos o locales, sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (*artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal*)". En el mismo sentido, el *art. 396 del Código Civil* realiza una descripción no exhaustiva de los elementos que deben ser considerados comunes, entre ellos "el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elemento de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo" como acontece en este caso y se acredita con el título constitutivo de la Comunidad que se ha aportado por la parte demandada como documento n.º 4.

Es indudable el carácter de elemento común del patio de luces en que se ubican la estructura, toldo y tejadillo, que como tal, es susceptible de utilización por todos los vecinos en función de su destino natural, cual es dar luces y vistas a los pisos, se entiende sin perjuicio de que el acceso al mismo esté atribuido de forma exclusiva a la demandada en el título constitutivo de la comunidad, lo que no le atribuye la facultad ni el derecho de realizar en él alteraciones en su configuración, instalaciones que anulen la finalidad del patio o que impidan al resto de los vecinos el uso de dicha zona común realizando actividades tan elementales como el tender la ropa (actividad que viene expresamente contemplada en el título constitutivo).

Decimos lo anterior como punto de partida y antes de entrar a conocer sobre las diversas cuestiones planteadas porque se ha llegado a poner en duda la condición comunitaria del patio y de la pared en que se sustenta la estructura, incluso por el perito judicial, que llega a decir (eso sí, desde un punto de vista arquitectónico, no jurídico), que dicha pared en que se ubica el tejado es privativa de la demandada por estar por debajo del forjado del suelo del piso segundo. Desde el punto de vista legal, tanto la pared como el patio es común, y así se tendrá en cuenta a lo largo de esta resolución.

En cuanto a la pretendida caducidad de la acción ejercitada, diremos que no existe puesto que el *art. 18.3 LPH* la contempla en relación a lo acuerdos de la Junta de Propietarios, que en este caso no existen pues tanto el toldo como el tejado se colocaron sin previa autorización, como se admitió por la parte demandada en el acto del juicio: "La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el *art. 9*" (*art. 18.3 LPH*).

Dicho lo anterior, trataremos en los Fundamentos que siguen las cuestiones de fonda planteadas.

»Tercero. Fundamentalmente, se centra la oposición de la parte demandada en la teoría del ejercicio antisocial del derecho por el actor pues aunque es cierto que las estructuras litigiosas se han colocado en un elemento común sin haber recabado previamente autorización de la Junta de Propietarios, se arguye que la instalación metálica y el toldo llevaban instalados a fecha de interposición de la demanda nueve años (desde febrero de 1997) y el tejadillo desde 2003 y que ello ha sido consentido por la Comunidad durante todo este tiempo, Comunidad de la que incluso el actor ha sido Presidente durante 2000 y 2001. Asimismo, se alega que no son ciertas las molestias por ruidos que se dicen ni tampoco que el actor no pueda tender la ropa, además de que el tejado es una estructura de escasa envergadura, removible que no altera la estructura ni finalidad del patio.

De la prueba documental obrante en las actuaciones así como de las declaraciones de las partes enfrentadas y testimoniales, se desprende en lo que al toldo e instalación metálica se refiere, que su instalación es antigua. No ha quedado acreditado el año concreto, pues el testigo que lo instaló no compareció al acto del juicio y tampoco existe documental al respecto, según alega la demandada, debido a su antigüedad. Sin embargo, sí que consta que al menos llevaba instalado desde 2002, fecha en la que hubo de ser cambiado -como acredita el documento n.º 3 de la contestación no impugnado- a consecuencia

de las manchas ocasionadas por una empresa de pinturas que trabajaba en el edificio colindante y que fue discutido en autos de juicio verbal de este Juzgado n.º 348/2002 (se ha aportado a las actuaciones copia testimoniada de las fotografías adjuntadas a la demanda en dichos autos acreditativas de lo anterior).

El tejadillo, por otra parte, data del 17 de febrero de 2003, tal y como consta en la factura aportada como documento n.º 1 de la contestación (no impugnado por la parte actora).

Como vemos, ha quedado probado por la documental aportada el tiempo de las instalaciones cuya retirada se solicita, la más moderna tenía a fecha de la demanda, tres años; sin embargo, la reclamación que se hace tanto al presidente como a la propia demandada (documentos n.º 6 y 7 de la demanda) son de 24 de febrero de 2006, no constando otras anteriores tanto más cuando durante 2000 y 2001 el actor fue presidente de la comunidad (hecho que no se ha negado de contrario ni se han impugnado los documentos n.º 5 a 14 de la contestación) con lo que podía haber convocado las reuniones oportunas para solventar esa situación, pero tampoco consta que lo haya hecho.

Por otra parte, en cuanto a las molestias que ocasiona el tejadillo, hemos de decir que no parecen tales si se comparan las fotografías del mismo según sean tomadas por una parte o por otra. Así, comparando las fotografías aportadas por la parte actora en la audiencia previa y las que adjunta la demandada en su contestación, se puede ver como un mismo mantel de cuadros anaranjados arrastra y se deposita en el tejado -fotos del actor- y en la foto n.º 23 de la contestación, no roza siquiera. No hay más que observar que en las fotografías que aporta el actor en la audiencia previa se ha aflojado la cuerda del tendedero de una forma exagerada, lo que sin duda, provoca que el mantel y el resto de la ropa arrastre.

Según el actor, el tejado ocasiona molestias por el ruido de la lluvia, sin embargo ello no se considera probado dado que en efecto hay tejados unidos de manera contigua al litigioso (respecto de los cuales no se interesa su retirada) de forma que debería molestarle al actor el ruido de todos los tejados e instalaciones de los demás vecinos (que todos los testigos señalaron que existían en efecto). Por otra parte, de ser el ruido tan molesto, no se entiende por qué ha esperado tres años el actor para interponer la demanda.

Con ello queremos llegar a que, observadas las circunstancias del toldo que fue instalado hace varios años (y que por cierto, respecto de él no se denuncia ninguna molestia) y vistas las escasas dimensiones del tejadillo así como que el mismo está simplemente atornillado, se llega a la conclusión de que se trata de una instalación de obra menor, de pequeña envergadura que no altera el elemento común en que se ubica, ni la estructura o configuración del patio o el inmueble, ni a su seguridad, como tampoco supone modificación alguna del título constitutivo de la propiedad horizontal. Tampoco se ha acreditado que con el mismo se impida a los demás vecinos hacer un uso normal del patio de luces de conformidad con su finalidad, fundamentalmente tender o que impida o dificulte luces o vistas. No consta reclamación alguna de la Comunidad de Propietarios (que presidió el actor durante 2000-2001) o de algún propietario hasta la del actor en 2003, lo que lleva a pensar en la existencia, como dice la parte demandada, de un **consentimiento tácito** por parte de los vecinos, incluido el demandante, quienes durante estos años han consentido a ciencia y paciencia dichas instalaciones que saltan a la vista y son apreciables por los vecinos cuyas casas dan al mencionado patio. A la posibilidad del **consentimiento tácito** se refiere el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de julio de 1994 .

Después de tanto tiempo, no puede calificarse en este momento la actuación de la demandada como contraria a las normas de la convivencia sino que las instalaciones litigiosas deben considerarse incardinadas en el uso ordinario de los elementos comunes (con el añadido de que en este caso, la demandada tiene atribuido el uso en exclusiva del patio).

La acción ejercitada por el demandante supone un abuso de derecho pues aunque acciona en uso de un derecho objetivo y externamente legal frente a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, la base fáctica en que se basa pone de manifiesto la circunstancia objetiva de anormalidad en el ejercicio y la subjetiva de voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo, lo que implica una inmoralidad o antisocialidad de este daño ( sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004 ).

En consecuencia, debe ser desestimada su pretensión.

»Cuarto. En materia de costas, serán de cargo de la parte actora, habida cuenta de la desestimación total de la demanda (*artículo 394 LEC*).»

**TERCERO.-** La Audiencia Provincial de Jaén Sección 1.ª, dictó sentencia el 26 de noviembre de 2007, en el rollo de apelación n.º 373/2007 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Linares, con fecha 9 de julio de 2007, en autos de juicio de procedimiento ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 310 del año 2006, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución y en su lugar debemos de estimar y estimamos la demanda planteada por el actor D. Benedicto contra la demandada D.ª Florencia condenando a ésta a retirar del patio de luces la estructura metálica, el toldo y el tejadillo. Todo ello con la imposición de las costas de la instancia y sin hacer expreso pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada.»

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

«Primero. La sentencia impugnada desestima la demanda planteada por el actor D. Benedicto al considerar que hubo un **consentimiento tácito** por el actor como de la Comunidad de Propietarios para la instalación del toldo y el tejadillo que la demandada había instalado en el patio de luces que tiene naturaleza común aunque es de uso exclusivo de la demandada.

»Segundo. Apela la sentencia el actor alegando la infracción de los *artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal* y, en segundo lugar la incorrecta interpretación de la prueba practicada por la juzgadora de instancia.

Este Tribunal acepta el primero y segundo fundamento de derecho de la sentencia apelada en donde se relata la doctrina jurisprudencial sobre los *artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal*. También acepta la calificación del patio de luces como elemento común, que es susceptible de utilización por todos los vecinos, en función de su destino natural, cual es de luces y vistas a los pisos, ello no es óbice para que la demandada tenga acceso al mismo de forma exclusiva pero sin que pueda realizar en el alteraciones en su configuración que anulen la finalidad del patio o impida al resto de los vecinos el uso de dicha zona común como puede ser el tender la ropa, actividad contemplada en el título constitutivo.

Pues bien tampoco puede desarrollar actividad alguna que sea molesta por los demás vecinos.

»Tercero. Este Tribunal no comparte que la acción ejercitada por el actor constituye ejercicio antisocial del derecho pues el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado ( STS 11 de mayo de 1991 ; 19 de octubre de 1995 ). Es por ello que no comete abuso de derecho, ni lo ejerce de modo antisocial, ni se coloca en situación de carente de buena fe, quien acude a los Tribunales para ejercitar un derecho reconocido en las leyes o que las partes hayan previsto y pactado ( STS 18 de abril de 1990 ; 7 de julio de 1989 ).

Así las cosas el que ha incumplido la Ley de Propiedad Horizontal es la demandada y no el actor.

»Cuarto. Ello es así porque no se puede amparar a quien desatendiéndose de la Ley de Propiedad Horizontal y del título constitutivo de la propiedad del edificio y sin constar ni siquiera el **consentimiento** de los demás copropietarios, que tiene que ser unánime, dispone a su conveniencia de un elemento común en perjuicio en este caso del actor que no tiene obligación alguna de soportar o tolerar la modificación operada (en el mismo sentido SAP J. 9 de febrero de 1999).

Así las cosas la paciencia del actor no puede ser confundida con su **consentimiento tácito** y tampoco se puede considerar que el tiempo transcurrido, 3 años desde que se instaló el tejadillo o 6 desde que se instaló el toldo y la fecha en que se interpuso la demanda sea un tiempo suficiente para entender que existe el **consentimiento** por el actor perjudicado máxime cuando también se prueba que le requirió amistosamente para que retirara el tejadillo.

En consecuencia habiéndose acreditado que la demandada ha instalado el toldo y el tejadillo sin cumplir las formalidades legales y además que estas instalaciones molestan al actor el cual no tiene por que sufrir los ruidos de la lluvia o el entorpecer el colgado de la ropa la demanda debería de haber sido estimada.

Es por estas razones que se estima el recurso planteado y se revoca la sentencia de instancia con la expresa imposición de las costas a la demandada (*artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

»Quinto. Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento*

Civil , no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.»

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Florencia se formulan los siguientes motivos:

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Primero: Por infracción, en concepto de aplicación indebida del *artículo 7.1 de la LPH* , y en, al entender la Sala sentenciadora que las instalaciones, absolutamente indemnes y cuyo único objeto es el de protección de los propios usuarios del patio frente a la caída de objetos en zona de colindancia con las ventanas coincidente con la salida al mismo, y protección solar, en tiempo veraniego, consistentes en un tejadillo de unos sesenta centímetros y un toldo enrollable se han instalado sin cumplir las formalidades legales y además molestan al actor el cual no tiene por qué sufrir los ruidos de la lluvia o el entorpecer el colgado de la ropa desde el piso del actor»

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Segundo: Por infracción, en concepto de aplicación indebida, del *artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal* , en concordancia con la *letra b del artículo 3 y párrafo 1º del artículo 7* , al entender la Sala sentenciadora que las instalaciones, consistentes en el tejadillo y el toldo enrollable necesitaban de su aprobación expresa y unánime [...]»

La parte recurrente alega en síntesis:

1. La parte recurrida ha tolerado la colocación del toldo y el tejadillo durante un largo periodo de tiempo antes de presentar la demanda.
2. No existen perjuicios para el recurrido derivados de la instalación del toldo y el tejadillo en el patio común.
3. La parte recurrida consintió tácitamente la colocación de las instalaciones cuya retirada ahora se exige.
4. La sentencia recurrida vulnera la doctrina que sobre el **consentimiento tácito** se recoge en las sentencias de esta Sala de 11 de julio de 1994 y 5 de octubre de 2007 , entre otras.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Tercero: Por infracción, en concepto de inaplicación del *artículo 7.1 del CC* y al propio tiempo su interpretación consolidada del retraso desleal o ejercicio antisocial del derecho al entender la Sala sentenciadora que los hechos tal y como han sido reflejados en la sentencia de instancia según se ha transcrito en el motivo anterior todos ellos probados de forma extensa y sin fisuras, no suponen un ejercicio antisocial del derecho por parte del actor concluyendo que es por ello que no comete abuso de derecho, ni lo ejerce de modo antisocial, ni se coloca en situación de carente de buena fe, quien acude a los Tribunales para ejercitar un derecho reconocido en las leyes o que las partes hayan previsto o pactado»

Alega la parte recurrente en síntesis:

1. De las pruebas practicada durante el procedimiento se debe concluir que la conducta del actor no está justificada, de modo que exigir la retirada de las instalaciones colocadas por el recurrente suponen un abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo.
2. La sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de octubre de 2007 , 31 de enero de 2007 y 19 de diciembre de 2005 respecto al abuso de derecho.

**SEXTO.-** Por auto de 15 de septiembre de 2009 se acordó admitir el recurso de casación respecto de las infracciones alegadas en los motivos segundo y tercero del escrito de interposición del recurso y no admitir el recurso respecto de las infracciones alegadas en el motivo primero del recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Benedicto se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. La parte recurrente funda el segundo de los motivos de su recurso en el hecho de que la recurrida

ha mantenido a lo largo del tiempo, una actitud consentidora respecto de las obras objeto del pleito, cuando de la prueba practicada, tal y como concluye la Audiencia Provincial, se desprende que el recurrente fue requerido para que retirara las obras. No debe confundirse el intento del recurrido de evitar, en lo posible, un litigio con un vecino del edificio, en aras a mantener una buena relación vecinal, con un **consentimiento** de para otorgar validez a unas obras que requerían el **consentimiento** unánime de los copropietarios.

2. Igualmente, de la prueba practicada resulta probado que las obras realizadas ocasionan importantes molestias a los copropietarios.

3. No existe un ejercicio antisocial del derecho por parte del recurrido, que se ha limitado a acudir a los tribunales a ejercitar un derecho reconocido legalmente.

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 21 de junio 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 de Primera Instancia desestimó una acción por la que el propietario de una vivienda integrada en el régimen de propiedad horizontal solicitaba se condenara a otro copropietario a retirar las obras que había ejecutado sin el **consentimiento** de la comunidad sobre un patio de luces del edificio que tenía la naturaleza de elemento común.

2. Consideró, en síntesis, que las obras realizadas, consistentes en la instalación de un toldo y colocación de un tejadillo en un patio común, cuyo acceso estaba atribuido a la parte demandada, no perjudicaba al resto de los propietarios ni suponía una alteración en la configuración o estructura del edificio. Además valoró que al haber transcurrido tres y seis años desde la colocación del toldo y el tejadillo respectivamente, sin que nada hubiera manifestado durante un tiempo la comunidad o los copropietarios, suponía la concesión de un **tácito consentimiento** que impedía estimar la demanda. Por último calificó la conducta del actor de antisocial y abusiva de derecho.

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

4. Consideró, en síntesis, que las instalaciones colocadas en el patio de luces ocasionaba un perjuicio al resto de los vecinos a los que se les entorpecía la labor de colgado de la ropa, actividad que era uno de los destinos esenciales del patio tal y como constaba en los estatutos de la comunidad y se les obligaba a soportar los ruidos de la lluvia golpeando el tejadillo instalado. Negó que existiera un **consentimiento tácito** por parte de la comunidad para la colocación de las instalaciones en el elemento común, porque constaba acreditado que ya tres años antes de la presentación de la demanda el demandado había requerido a la actora para que retirara las instalaciones. Finalmente negó que se pudiera valorar la actitud del actor como un ejercicio abusivo de su derecho, pues se había limitado a exigir el reconocimiento de un derecho legalmente previsto ante los tribunales.

5. La parte actora formalizó recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º LEC*, *habiéndose admitido únicamente los motivos segundo y tercero* del escrito de interposición del recurso.

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

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Segundo: Por infracción, en concepto de aplicación indebida, del *artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal*, en concordancia con la *letra b del artículo 3 y párrafo 1º del artículo 7*, al entender la Sala sentenciadora que las instalaciones, consistentes en el tejadillo y el toldo enrollable necesitaban de su aprobación expresa y unánime [...]»

La parte recurrente alega que la recurrida ha tolerado la colocación del toldo y el tejadillo durante tres y seis años hasta que finalmente ha presentado la demanda. Además califica de ficticios los perjuicios supuestamente sufridos por el actor. En conclusión considera el recurrente que existe un **consentimiento tácito** por parte de la comunidad de propietarios que avala la legalidad de las obras realizadas, de modo que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina que sobre el mismo se recoge, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 11 de julio de 1994 y 5 de octubre de 2007.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.- Realización de obras que afectan a elementos comunes. El **consentimiento tácito**.**

A) En cuanto al necesario **consentimiento** que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, esta Sala tiene declarado que el conocimiento no equivale a **consentimiento** como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. También, como defiende la parte recurrente, se ha declarado con valor de doctrina jurisprudencial, que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como **consentimiento tácito** o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese **consentimiento**. Por ello deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento ( SSTS de 23 de octubre de 2008 [RC n.º 1332/2003 ] y 5 de noviembre de 2008 [RC n.º 1971/2003 ] 26 de noviembre de 2010 [RC n.º 2401/2005 ]).

B) La parte recurrente únicamente puede sostener la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, desconociendo los hechos que para la Audiencia Provincial han quedado plenamente probados. La sentencia no solo valora que la parte recurrente está sufriendo una serie de perjuicios que no está obligada a soportar, daños que no pueden ser calificados como ficticios, sino que considera plenamente acreditado que el actor ha llevado a cabo una actividad previa a la interposición de la demanda que impiden considerar que existiera una aquiescencia por su parte capaz de ser calificada como un **consentimiento tácito**. Señala la sentencia que el actor, años antes de la interposición de la demanda, requirió al ahora recurrente a fin de que retirara las instalaciones colocadas en el patio común, requerimientos que fueron ignorados y que dieron lugar a que se iniciaran las actuaciones judiciales que han dado lugar al actual pleito. La valoración de las circunstancias que han quedado acreditadas para la Audiencia Provincial, le han servido para rechazar que la parte actora hubiera prestado tácitamente su **consentimiento**, y dado que las obras han sido llevadas a cabo en un elemento común y que además perjudican a otros copropietarios, para su validez se debió contar con el **consentimiento** de todos los copropietarios.

**CUARTO.- Enunciación del tercer motivo del recurso de casación.**

El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Tercero: Por infracción, en concepto de inaplicación del *artículo 7.1 del CC* y al propio tiempo su interpretación consolidada del retraso desleal o ejercicio antisocial del derecho al entender la Sala sentenciadora que los hechos tal y como han sido reflejados en la sentencia de instancia según se ha transcrito en el motivo anterior todos ellos probados de forma extensa y sin fisuras, no suponen un ejercicio antisocial del derecho por parte del actor concluyendo que es por ello que no comete abuso de derecho, ni lo ejerce de modo antisocial, ni se coloca en situación de carente de buena fe, quien acude a los Tribunales para ejercitar un derecho reconocido en las leyes o que las partes hayan previsto o pactado»

Alega la parte recurrente que del material probatorio existente en las actuaciones se debe concluir, tal y como se declara en la sentencia dictada en primera instancia, que la conducta del actor constituye un abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo. Considera que la sentencia recurrida es contraria a la

doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de octubre de 2007 , 31 de enero de 2007 y 19 de diciembre de 2005 .

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO** .- *Abuso de derecho.*

A) La doctrina del abuso de Derecho, en palabras de la STS de 1 de febrero de 2006 (RC nº. 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).

B) Pese a la valoración de la prueba que ofrece el recurrente y los resultados favorables que desde su perspectiva se obtienen, tendentes a acoger la teoría del abuso de derecho y, en consecuencia, a desestimar la pretensión del actor, lo cierto es que la Audiencia Provincial considera que el actor se ha visto perjudicado por la instalación del toldo y el tejadillo en un elemento común sin el **consentimiento** de la comunidad, motivo por el que no se puede tildar de abusiva su conducta, dirigida a obtener de los órganos judiciales el amparo de un derecho legalmente reconocido que de otro modo no solo no hubiera podido obtener sino que se hubiera visto obligado a seguir soportando los perjuicios detallados en la sentencia recurrida.

**SEXTO** .- *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 D.<sup>a</sup> Florencia , contra la Sentencia dictada el 26 de noviembre de 2007, por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º373/2007 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares, con fecha 9 de julio de 2007 , en autos de juicio de procedimiento ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 310 del año 2006, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución y en su lugar debemos de estimar y estimamos la demanda planteada por el actor D. Benedicto contra la demandada D.<sup>a</sup> Florencia condenando a ésta a retirar del patio de luces la estructura metálica, el toldo y el tejadillo. Todo ello con la imposición de las costas de la instancia y sin hacer expreso pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada.»

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.

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, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Antonio Seijas Quintana, Roman Garcia Varela. 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.