

Roj: STS 6574/2011
Id Cendoj: 28079110012011100656
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1357/2008
Nº de Resolución: 713/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre 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 1357/2008 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Ovidio , aquí representadas por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos, contra la sentencia de 29 de abril de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 152/2008, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 282/2007 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gandía . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora Dª Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo, en nombre y representación de la sociedad Rompeolas, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gandía dictó sentencia de fecha 30 de noviembre de 2007 en el juicio ordinario n.º 282/2007 , cuyo fallo dice:

»Fallo.

»1.- Desestimar la demanda interpuesta por don Ovidio contra la mercantil Rompeolas S.L.

»2.- Condenar a don Ovidio a pagar las costas de este proceso, declarando expresamente a estos efectos que ha litigado con temeridad.»

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

»Primero.- Las obras cuya demolición pretende la persona demandante han de analizarse desde dos puntos de vista. El primero de ellos sería el relativo a la alteración de la configuración exterior del edificio que, según el demandante, producen tales obras en el elemento privativo propiedad de la demandada.

Al respecto hay que decir dos cosas. En primer lugar que no podemos considerar que el demandante, simple usufructuario de uno de los elementos privativos que componen el inmueble, tenga legitimación para reclamar la demolición de las obras por este motivo, legitimación que tan solo cabría entender que corresponde a la Comunidad, a quien corresponde la defensa de elementos comunes o resolver en que forma pueden los vecinos alterar o no la configuración externa del conjunto.

A ello hay que añadir que las normas estatutarias de este complejo inmobiliario restringen en gran medida la acción de la propia Comunidad en este campo, teniendo en cuenta que "los huecos recayentes o visibles desde la vía pública podrán utilizarse indistintamente como puertas o ventanas o escaparate y colocación de letreros o rótulos luminosos sin que superen la parte superior del antetecho de las terrazas del piso primero" y que las terrazas de los locales "no forman parte de la comunidad sino que integran en el elemento privativo, y podrán ser utilizadas en la forma que tenga por conveniente el propietario, de acuerdo con el destino del propio local", de manera que "en ningún caso ostentan sobre ella derecho alguno los restantes propietarios del complejo". Todo ello resulta así expuesto en el documento 5 de la demanda.

Por último, difícilmente cabe considerar que las obras que ha efectuado la demandada en su local alteren la configuración externa del edificio, teniendo en cuenta que la promotora (como ha expuesto en juicio el que fuera su legal representante y resulta de la fotografía 8 aportada con la propia demanda) le entregó poco más que una parcela una vez finalizado el complejo, precisamente atendida la amplitud de facultades

que la normativa del conjunto concede a los titulares de los locales para darles el aspecto interno y externo que tengan por conveniente.

»Segundo.- El segundo bloque de cuestiones a analizar es el relativo a los perjuicios que, supuestamente, las obras realizadas por la demanda producen directamente al demandante en su calidad de usufructuario de una de las viviendas privativas. A su vez, dentro de este bloque hemos de analizar separadamente dos grupos de cuestiones.

En primer lugar cabe indicar que la parte demandante no ha aportado ni propuesto prueba alguna tendente a demostrar la existencia de las inmisiones (olores, inundaciones, filtraciones y humedades) a que hace referencia en los puntos undécimo y duodécimo de su demanda. Se remite a unas fotografías que se incorporaron a un acta de presencia notarial pero (por motivos obvios) de ellas no se puede extraer la existencia de olores y, aunque puedan reflejar la presencia de humedades, no son prueba de que estas sean una consecuencia de las obras ejecutadas por la demandada, para lo cual hubiera sido necesaria alguna prueba de otra naturaleza, especialmente de tipo pericial.

»Tercero.- Por último, cabe abordar la alegación del demandante relativa a la modificación de las vistas con que contaba el demandante antes de las obras en cuestión. Hay que tener en cuenta que el demandante no invoca la existencia a su favor de una servidumbre de luces y vistas o que la demandada haya abierto huecos no permitidos, sino que simplemente considera un perjuicio que no está obligado a soportar la modificación de lo que se podía observar desde su terraza antes o después de las obras en cuestión, invocando el *artículo 1902 del Código Civil* .

Ahora bien, parece olvidar el demandante que dicho precepto no otorga a cualquier persona el derecho a impedir cualquier actuación de otra siempre que la considere molesta, sino que es necesario, como ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al analizar el precepto invocado, que la acción dañosa no esté ampara por las leyes y que el perjudicado no esté obligado, en consecuencia, a soportar el supuesto daño.

En este caso es obvio que, teniendo la demandada derecho a edificar su local en los términos que tenga por conveniente, siempre que no contravenga la normativa (contravención que no se ha demostrado), queda claro que el demandado vendrá obligado a soportar las consecuencias de alteración de su campo visual que dicha edificación le produzca.

»Cuarto.- Al existir desestimación total de la demanda, cabe imponer las costas a la parte demandada, según ordena el *artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . En este caso, además, y a los efectos del apartado 3 de este precepto, cabe declarar en este caso que la parte demandante ha litigado con temeridad, considerando que sus pretensiones tenían escaso respaldo legal y de no disponía de prueba alguna para acreditar los hechos en que se fundamentaban.»

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, dictó sentencia de 29 de abril de 2008, en el rollo de apelación nº 152/2008 , cuyo fallo dice:

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de D. Ovidio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gandía en fecha 30 de noviembre de 2007 en autos de juicio ordinario número 282/2007 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada.»

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

»Primero.- La representación de la parte actora ejercito acción con fundamento en las siguientes consideraciones: D. Ovidio es usufructuario del chalet número NUM000 sito en el Complejo DIRECCION000 de Gandía ostentando la propiedad del mismo D.ª Adolfinia y D. Norberto . Dicho inmueble linda por la derecha entrando con el local comercial número 23 de la propiedad horizontal del que es a su vez copropietaria la mercantil demandada. La configuración de este último viene dada por su descripción contenida en la escritura de declaración de obra nueva conforme a la cual la edificación consta de 60 metros de un total de 170 que comprende la superficie sobre la que está edificado. Compuesto de planta baja y piso alto se comunica por medio de escalera interior. Su configuración inicial ha venido siendo modificada por la demandada mediante sucesivas obras de reforma parciales que han ido ampliando la superficie cubierta avanzando sobre los pasillos y terraza anteriormente existentes hasta que finalmente ambos elementos han desaparecido existiendo un total cerramiento del inmueble al que se accede por una puerta situada en la esquina de las calles La Rioja y Galicia. Ello ha supuesto una aproximación de las construcciones habiendo quedado eliminada la distancia existente entre ambas respecto al pasillo que anteriormente circundaba la construcción y habiendo sido reducida a escasos centímetros en el resto de la terraza. Dichas obras suponen una total infracción del *artículo 7.1 de la LPH* , así como de los propios estatutos de la Comunidad que preceptúan que los locales en ningún

caso podrán alterar los elementos arquitectónicos, la fachada ni la techumbre exterior de los mismos. Las obras realizadas modifican sin embargo sustancialmente la configuración del inmueble. Además los daños ocasionados al demandante son de diversos tipos: en primer lugar se producen inmisiones pues el escaso hueco que se ha dejado tras las reformas es objeto de acumulación de basura y otros desperdicios que es causa de emisión de olores desagradables. Asimismo producen inundaciones, filtraciones y humedades pues debido a la forma en que se han realizado las obras se vierten en la propiedad del actor en la terraza de su vivienda así como en el interior de la misma al no haberse dejado separación entre la construcción del demandando y el inmueble del demandante que provoca el vertido de las aguas de lluvia en la propiedad de este último. Además con anterioridad a las obras de reforma el Sr. Ovidio contaba con unas vistas abiertas a ambos lados de la terraza de su propiedad viéndose ahora las mismas sustituidas respecto del lado que linda con el demandado por una pared metálica que produce sensación de cerramiento contraria a lo que es usual en las terrazas de viviendas adosadas. De todo lo expuesto se derivan unos daños morales que se cuantifican en la cantidad de 18.000 euros. Por todo lo expuesto concluía la representación de la parte actora interesando se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a ejecutar la demolición de las obras efectuadas y a restituir a su original el estado del inmueble de su propiedad y a abonar al Sr. Ovidio la suma de 18.000 euros o la que prudencialmente fije el juzgado todo ello con expresa imposición de costas a la parte contraria.

La parte demandada compareció y formuló oposición a la demanda que en síntesis basaba en las siguientes argumentaciones: Aducía con carácter previo la falta de legitimación activa *ad processum* por cuanto a su juicio el demandante no tiene interés legítimo en el pleito dado que la *Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 7.1* otorga legitimación a cualquier miembro de la Comunidad para defenderse de las obras que se ejecuten en los elementos comunes pero no en los privativos como es el caso, pues se refieren a la ampliación de una terraza propiedad únicamente de la demandante. Aducía asimismo el defecto legal en el modo de proponer la demanda y la indebida acumulación de acciones, y en lo atinente al fondo del asunto manifestaba su oposición a la acción deducida de contrario en cuanto toda la terraza sobre la que se ha ejecutado la obra litigiosa es propiedad de Rompeolas S.L., así como el propio terreno que circunda el local y que le separa del chalet número NUM000 propiedad del demandante. Por otra parte conforme a la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal el local litigioso podrá ser objeto de división, segregación, agregación o agrupación sin necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios, pero es que además no se ha realizado obra alguna puesto que se ha procedido a cubrir con materiales **desmontables**. En cuanto a los pedimentos derivados de la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada por la contraparte, los negaba en su totalidad, y concluía por todo ello interesando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda formulada en su contra.

Agotados los trámites pertinentes, y practicadas las pruebas admitidas por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gandía se dictó en fecha 30 de noviembre de 2007 sentencia por la que desestimaba íntegramente la demanda con expresa imposición a la parte actora de las costas del procedimiento.

»Segundo.- Contra la referida sentencia se alza la representación de la parte demandante formulando recurso de apelación que basa en los siguientes motivos de impugnación: Se invoca la legitimación activa del usufructuario Sr. Ovidio para el ejercicio de la acción derivada del *artículo 7.1 de la LPH*, en cuanto el mismo litiga en nombre propio y en representación a su vez de los nudos propietarios. Se aduce en segundo lugar la errónea valoración del resultado de la prueba practicada en que a su juicio incurre el juzgador de instancia en lo concerniente a las dos acciones ejercitadas.

»Dichos motivos serán objeto de análisis seguidamente.

»En cuanto al primero de los expuestos, es evidente que ha de ser atendido, pues consta aportado a las actuaciones como documento número 1 de los acompañados al escrito de demanda el poder especial otorgado por los nudos propietarios del chalet número NUM000 sito en el Complejo DIRECCION000 de Gandía, D.^a Adolfina y D Norberto que faculta al usufructuario recurrente Sr. Ovidio para actuar en nombre y representación de aquellos en la presente litis, infiriéndose de ello que goza este de legitimación suficiente para la formulación de las acciones ejercitadas.

Peor suerte ha de correr el segundo de los motivos invocados que se concreta en la errónea valoración del resultado de la prueba practicada que se imputa al juzgador de instancia, respecto del cual debe ya anticiparse que analizada la actividad probatoria desplegada por el actor en aras a la estimación de su pretensión, todo ello conforme a los criterios establecidos en el *artículo 217 de la LEC*, este Tribunal llega a idéntica conclusión que el juez "a quo" en cuanto a la improsperabilidad de la demanda formulada. Y es que debe recordarse al recurrente que como ha señalado el TS en sentencia de 8-III-99 la doctrina de la carga de la prueba no dice quien viene obligado a probar algo, sino quién sufre las consecuencias de la falta de prueba. Esta regla de juicio sobre la carga de la prueba la encontramos en el *art. 217 LEC*, que dispone que cuando,

al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión desestimará las pretensiones del actor o reconviniendo o las del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones. Por tanto, según el artículo citado la regla de juicio se compone de unos presupuestos que determinan al juez a la hora de decidir el conflicto, de modo que el primero y principal de ellos que se exige para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después del desarrollo de la actividad probatoria en el litigio (STS 8-VI-98), pues no existiendo certeza sobre la realidad de la totalidad de los hechos aducidos, la sentencia habrá de ser desestimatoria. Pues bien, aplicando este criterio al caso expuesto y en relación a la primera de las acciones que acumuladamente se ejercitan contemplada en el *artículo 7.1 de la LPH* , conforme a la que se exige la demolición de la obra llevada a cabo por la demandada en el local comercial número 23 de su propiedad por alterar sustancialmente la configuración del inmueble, debe afirmarse como ya se ha anticipado, que la parte actora no ha conseguido acreditar los hechos en que basa su reclamación y ello por cuanto la escasez de los medios propuestos y practicados se ha revelado inoperante a tal fin, circunstancia que ha de abocar necesariamente a la improsperabilidad de la acción ejercitada. Previamente al análisis de tal prueba debe hacerse no obstante una salvedad, en el sentido de que la existencia o inexistencia de licencia municipal en nada afectará la legalidad o ilegalidad de las obras examinadas a efectos civiles, ya que tales autorizaciones administrativas contemplan el cumplimiento de la normativa administrativa, lo cual no tiene por qué implicar ni determinar si la obra es o no adecuada a la LPH normativa civil aplicable. Dicho esto, y ciñéndonos al examen de la documental aportada junto al escrito de demanda sobre la que se sustenta prácticamente toda la actividad probatoria desplegada por el actor, debe observarse como la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de fecha 31 de marzo de 1987 en lo que ahora interesa, establece que los locales comerciales podrán destinarse a todos los usos permitidos pero en ningún caso podrán alterar los elementos arquitectónicos, la fachada ni la techumbre exterior de los mismos concebidos para la belleza del conjunto, sin perjuicio de ello, añade dicha escritura, los huecos recayentes o visibles desde la vía pública podrán indistintamente utilizarse como puertas o ventanas o escaparate y colocación de letreros o rótulos luminosos sin que en ningún caso sobrepasen la parte superior del antetecho de las terrazas del piso primero de manera que no varíe u oculte el aspecto exterior arquitectónico con que se hallan concebidas sus fachadas. Asimismo, en el particular concerniente a las terrazas establece dicha escritura que no forman parte de la comunidad sino que se integran en el elemento privativo y podrán por tanto ser utilizadas en la forma que tenga por conveniente el propietario de acuerdo con el destino del local. Pues bien, el tenor literal de tal documento nos conduce a cuatro conclusiones. 1.- Primeramente es de observar que la prohibición de alterar los elementos arquitectónicos, la fachada ni la techumbre exterior de los locales comerciales contenida en la escritura de obra nueva no puede haberse visto infringida por la demandada, en cuanto, como revela la fotografía número 8 de las que se acompañan al escrito de demanda, cuando se adquirió el local número 23, el mismo carecía de fachada reduciéndose la construcción a una simple estructura provista de pilares sin cerramiento ninguno en ambas plantas, habiendo permanecido en este estado, según afirma el perito Sr. Porfirio durante más de diez años de haberse finalizado la construcción. 2.- El texto literal de la escritura de obra nueva y propiedad horizontal es meridianamente claro al establecer que la terraza del local número 23 es de propiedad privada, infiriéndose de ello que su modificación no implica la alteración de elemento común alguno del complejo. 3.- Como apunta asimismo el perito en su informe, la obra realizada cuya demolición se solicita, está ejecutada con elementos **desmontables**, dándose la circunstancia de que si bien las posturas de las Audiencias Provinciales en supuestos de obras realizadas con este tipo de material en elementos comunes han sido divergentes es mayoritaria la tesis (podemos citar las sentencias de la AP de Zaragoza de 7 de mayo de 2007 , Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2006 , de Huelva de 15 de marzo de 2006 , de Las Palmas 14 de octubre de 2005 , de Alicante de 22 de marzo de 2006 , de Guipúzcoa de 27 de enero de 2003) que viene a considerar que aquellas obras cuya instalación no ha precisado de obra de fábrica alguna no constituyen edificación fija, teniendo claramente el carácter de **desmontable** y transportable por lo que no vienen a constituir alteración de elemento común dado que en supuestos como el que aquí se enjuicia el propietario se limita a ejercitar el derecho que el uso exclusivo de la terraza le proporciona en la forma que tiene por conveniente. 4.- A todo cuanto se ha expuesto que es cuanto se infiere de la prueba practicada por la demandante, debe añadirse a modo de conclusión que parece indiscutible que la hipotética acreditación de la alteración de algún elemento común a causa de la obra llevada a cabo por la demandada, a un nivel más técnico que el que puede deducirse de la escueta documental aportada, hubiera requerido en su caso de una prueba de pericial llevada a cabo por un especialista capaz de ilustrar a este tribunal sobre aquellas particularidades de la obra ejecutada que no resulta posible apreciar a través de la simple observación de las fotografías obrantes en autos; sin embargo su práctica no ha sido propuesta por la demandante, debiendo pechar con las consecuencias de tal inactividad, visto lo cual y por los argumentos expuestos, el motivo perece.

En lo atinente a la segunda de las acciones ejercitadas, relativa a las inmisiones que dice padecer el recurrente, debe recordarse primeramente que como afirma la STS de 29 de abril de 2003 tradicionalmente

fue la doctrina jurídica medieval sobre los "actos de emulación", construida para paliar el rigor a ultranza del principio "neminem laedit qui suo iure utitur", el medio de reparar daños sobrevenidos por hechos que tenían la apariencia formal de un ejercicio legítimo de los derechos, aunque más tarde hubo que superar los inconvenientes de una doctrina desenvuelta dentro de estrechos límites, por el reconocimiento jurisprudencial del "abuso del derecho" y proceder a la búsqueda de una fundamentación jurídica, acorde con la reclamación de los daños habidos, que desde luego tenía que pivotar hacia la responsabilidad prevista en el *artículo 1902 del Código Civil* si bien basada en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los *artículos 590 y 1908* del propio texto legal, pues regla fundamental es que "la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina". Por otra parte, la evolución de tal doctrina jurisprudencial, también ha llegado a plantearse con ciertas fluctuaciones que inmisiones deben considerarse inocuas por no causar perjuicios sustanciales y por tanto han de ser soportadas en virtud de las relaciones de vecindad y cuáles no se han de tolerar, cuestión que, como se ha dicho no ha sido resuelta de una manera clara hasta el momento, si bien la línea general de actuación se concreta en considerar que la inmisión ha de entenderse ilícita solo si causa molestias superiores a lo que es normalmente aceptable, lo que determina que la tolerabilidad de las inmisiones deberá establecerse caso por caso, con relación a las condiciones naturales y sociales del lugar, y a la actividad normalmente desarrollada en la zona. Pues bien, aplicados dichos conceptos generales al caso que se examina, la Sala ha de concluir inevitablemente que la pretensión deducida por el recurrente en este aspecto resulta, igual que la anterior, del todo improsperable. No solo por la evidente falta de prueba de que se rodea tal petición, puesto que la misma se reduce a la aportación de diversas fotografías, que desde luego no pueden acreditar, ni la existencia de olores desagradables, ni la procedencia última de las inundaciones y filtraciones que dice padecer el Sr. Lliso, ni mucho menos el carácter persistente y regular de los vertidos que afirma sufrir en su parcela, sino porque además, algunos de los daños que aduce no pueden ser siquiera incluidos en el ámbito de los actos de inmisión, a todo lo cual debe añadirse que ante tal falta de prueba de que los mismos exceden de lo que las buenas relaciones de vecindad consideran en principio tolerable, habrá que concluir que se hallan incluidos dentro de los límites de lo esperable dada la proximidad de un inmueble que tiene el carácter de local comercial, con las consecuencias inherentes a tal condición, y no de vivienda, circunstancia que por otra parte, era conocida por la parte apelante cuando adquirió la suya. Procede en consecuencia resolver conforme se dirá en el fallo de la presente sentencia.

»Tercero.- Establece el *artículo 398 de la LEC* que: Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el *art. 394* .

»2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

»Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Ovidio se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero: «Recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º de la LEC* , por infracción del *artículo 7.1* , en relación con los *artículos 11 y 12* , todos ellos de la LPH, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La parte recurrente mantiene que con aplicación de la doctrina jurisprudencial declarada en SSTS de 24 de abril de 1993 , 15 de marzo de 2000 y 10 de febrero de 1992 , las obras o modificaciones realizadas en elementos privativos, como puede ser una terraza, pero que comporten alteración del estado exterior del edificio, precisan del consentimiento unánime de los comuneros. En el presente supuesto el cerramiento de la terraza privativa por la entidad recurrida afecta a la configuración y estado exterior del edificio sin que dichas obras se hallen autorizadas por la comunidad de propietarios.

Motivo segundo: «Recurso de casación al amparo del *artículo 477.2. 3º de la LEC* por infracción del *artículo 7* , en relación con los *artículos 5, 8 y 12 de la LPH* en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales».

Se funda, en resumen, en lo siguiente:

La parte recurrente mantiene que las obras ejecutadas en la terraza privativa con elementos **desmontables** suponen alteración de elemento común al modificar o afectar a la configuración exterior del edificio.

SEXTO.- Por auto de 29 de septiembre de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de la sociedad rompeolas, S.L. se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- En cuanto al motivo primero manifiesta que la parte recurrente no ha logrado acreditar el hecho que fundamentaba su pretensión, esto es, que las obras ejecutadas por la recurrida alteraran la configuración exterior del edificio.

- Por lo que respecta al motivo segundo mantiene igualmente la falta de prueba sobre la alteración de la configuración exterior de la fachada así como que las sentencias aducidas de las diferentes Audiencias Provinciales deciden sobre supuestos diferentes al planteado en el presente procedimiento.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 28 de septiembre 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, de 21 de julio de 1960* .

RC, recurso de casación.

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

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. La parte demandante interesó la declaración de ilegalidad, y posterior demolición, de las obras llevadas a cabo por la sociedad demandada en el local comercial de su propiedad. Alegó que las obras ejecutadas suponían una alteración de la configuración externa del conjunto y por otro lado que aquellas le producían daños y perjuicios derivados de la acumulación de basuras y desperdicios así como inundaciones, filtraciones y humedades y pérdida de las vistas de las cuales gozaba con anterioridad a las obras.

2. La parte demandada se opuso a la demanda por considerar que las obras litigiosas fueron ejecutadas en el local de su propiedad así como que estas no afectaban o alteraban elemento común alguno ni causaban daños o perjuicios al resto de elementos privativos.

3. El juez desestimó la demanda. Entendió, en síntesis, que las obras ejecutadas por la sociedad demandada no alteraban la configuración externa del edificio y se encontraban autorizadas atendidas las amplias facultades que la normativa del complejo « DIRECCION000 » concedía a los titulares de los locales comerciales con la finalidad de dotar a estos del aspecto interno y externo que tuvieran por conveniente. En cuanto a los perjuicios que dichas obras pudieran causar consideró que la parte demandante no había aportado o practicado prueba tendente a acreditar la existencia de los perjuicios reclamados.

4. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. En cuanto a la ilegalidad de las obras realizadas por la sociedad demandada concluyó que de la prueba practicada no podía determinarse que aquellas, efectuadas en elemento privativo, alterasen algún elemento común. Por lo que respecta a los perjuicios reclamados consideró que la parte demandante no había probado ni la existencia ni el alcance de los mismos.

5. La parte recurrente interpuso recurso de casación por la vía del *ordinal 3º del artículo 477.2 LEC* , en su doble vertiente de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, con infracción tanto del *artículo 7.1 de la LPH* , en relación con los *artículos 11 y 12* del mismo texto legal, así como el *artículo 7* , en relación con los *artículos 5, 8 y 12 de la LPH* .

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

Motivo primero: «Recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º de la LEC* , por infracción del *artículo 7.1* , en relación con los *artículos 11 y 12* , todos ellos de la LPH, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La parte recurrente mantiene que con aplicación de la doctrina jurisprudencial declarada en SSTS de 24 de abril de 1993 , 15 de marzo de 2000 y 10 de febrero de 1992 , las obras o modificaciones realizadas en elementos privativos, como puede ser una terraza, pero que comporten alteración del estado exterior del edificio, precisan del consentimiento unánime de los comuneros. En el presente supuesto el cerramiento de la terraza privativa por la entidad recurrida afecta a la configuración y estado exterior del edificio sin que dichas obras se hallen autorizadas por la comunidad de propietarios.

Motivo segundo: «Recurso de casación al amparo del artículo 477.2. 3º de la LEC por infracción del artículo 7 , en relación con los artículos 5, 8 y 12 de la LPH en su vertiente de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales».

Se funda, en resumen, en lo siguiente:

La parte recurrente mantiene que las obras ejecutadas en la terraza privativa con elementos **desmontables** suponen alteración de elemento común al modificar o afectar a la configuración exterior del edificio.

Ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Cerramiento de terraza privativa. No alteración de la configuración exterior del edificio comunitario.

Los motivos primero y segundo del recurso de casación han de ser analizados conjuntamente al alegarse en ambos que las obras ejecutadas por la sociedad recurrida en la terraza privativa precisaban del consentimiento unánime de todos los comuneros al afectar o alterar la configuración exterior del edificio.

La parte recurrente sobre la base de entender debidamente acreditado el hecho de la alteración o afectación de la configuración exterior del edificio por la ejecución de obras en la terraza privativa por parte de la sociedad recurrida, alteración que destaca igualmente se produciría con la instalación de elementos **desmontables**, concluye sobre la ilegalidad de las mismas, ya que de conformidad con el artículo 7 de la LPH y doctrina jurisprudencial (SSTS de 24 de abril de 1993 , 15 de marzo de 2000 y 10 de febrero de 1992) se precisaría del consentimiento unánime de los comuneros, consentimiento inexistente en el presente caso.

Las sentencias invocadas no ofrecen suficiente fundamento para la estimación de este motivo de casación respecto del supuesto de hecho en que la parte recurrente funda su tesis, consistente en que las obras ejecutadas por la sociedad recurrida en la terraza privativa precisaban del consentimiento unánime de todos los comuneros al afectar o alterar la configuración exterior del edificio. De este modo, la STS de 24 de abril de 1993 decide sobre un supuesto en el cual la terraza privativa en la cual se ejecutan las obras constituye en sí misma el tejado del piso inmediato inferior y es elemento definidor de la configuración externa del edificio. Por su parte, la STS de 15 de marzo de 2000 resuelve sobre un supuesto de alteración de las cuotas de participación por un cambio de destino del local litigioso. Finalmente, la STS de 10 de febrero de 1992 decide sobre la naturaleza común o privativa de una parte o porción de patio.

Efectivamente se alega por la recurrente que en aquellos casos en los cuales se ejecuten obras, sean o no **desmontables**, en elemento privativo, en este caso, terraza, si aquellas afectasen a la configuración exterior del edificio precisarían para su legalidad el consentimiento unánime de los copropietarios según lo dispuesto en el artículo 7 de la LPH . Dicha fundamentación es incuestionable aunque no aplicable al supuesto litigioso. La sentencia recurrida, tras efectuar la valoración conjunta de la prueba, concluye que la actividad probatoria efectuada por la parte demandante, ahora recurrente, ha sido insuficiente para acreditar el hecho constitutivo de su pretensión, a saber, el de que las obras ejecutadas por la sociedad recurrida alteran la configuración exterior del edificio, y declara, asimismo, la necesidad de una prueba pericial, no practicada en el caso de autos, que permitiera determinar sobre la afectación o no de la configuración exterior. Dicha conclusión no ve limitada su contundencia por el razonamiento accesorio empleado por la sentencia impugnada en el cual menciona, a modo de apoyo a su conclusión definitiva, que las obras han sido realizadas con elementos **desmontables**, porque de uno u otro modo, y de acuerdo con el artículo 217 de la LEC no se habría probado el hecho legitimador de la acción.

CUARTO.- Desestimación del recurso de casación y costas.

No estimándose fundado el recurso, procede su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC en relación con el artículo 394 LEC .

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. Ovidio contra la sentencia de 29 de abril de 2008 dictada por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación n.º 152/2008 , cuyo fallo dice:

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de D. Ovidio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gandía en fecha 30 de noviembre de 2007 en autos de juicio ordinario número 282/2007 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas 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 de este recurso 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. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel Antonio Salas Carceller. Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. 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.