

Roj: STS 7979/2011
Id Cendoj: 28079110012011100780
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1439/2009
Nº de Resolución: 867/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre 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 1439/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Hugo , aquí representado por la procuradora D.ª Amalia Ruiz García, contra la sentencia de 10 de junio de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 128/2009, por la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 55/2008 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Soria . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Luis Ortiz Herraíz, en nombre y representación de D. Leonardo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Soria dictó sentencia de fecha 1 de abril de 2009 en el juicio ordinario n.º 55/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Yáñez Sánchez en nombre y representación de Hugo , he de condenar y condeno a Leonardo a abonar a aquel la cantidad de 612,19 euros, con los intereses legales desde la fecha de la sentencia, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda y sin hacer especial pronunciamiento en costas.»

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

»Primero.- Dos son las cuestiones que se plantean en el presente procedimiento, habiéndose alegado en una de ellas la excepción de falta de legitimación activa, toda vez que respecto a los daños causados en la vivienda particular del demandante entiendo que se está actuando en nombre propio. En concreto se está planteando la legitimidad del demandante para actuar en interés de la comunidad. No debe perderse de vista que estamos ante una comunidad ciertamente peculiar, formada por tres hermanos cuyas relaciones ciertamente no son buenas, pues en caso contrario no se habría llegado al juzgado para solventar estos problemas. Es este un dato fundamental para entender el planteamiento del pleito.

Ciertamente no existe el requisito de procedibilidad de acuerdo previo de la Junta, por lo que cualquier comunero puede instar la acción en beneficio de la comunidad. Dice la SAP de Madrid, Sección 11.ª, de 18 de junio de 2004 :

"La legitimación de los comuneros para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses comunitarios, es aceptada y reconocida por una reiterada jurisprudencia de la que es exponente la STS de 22 de octubre de 1993 , que indica: "también esta Sala ha reiterado (vid. sentencias, entre otras, de 3 de febrero de 1983 , 23 de noviembre de 1984 , 12 de febrero de 1986 , 7 de diciembre de 1987 y 9 de febrero de 1987) que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares, defensa que puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del Presidente o de los demás comuneros e incluso cuando sean estos contrarios al litigio, a lo que hemos de añadir ahora que si de los elementos comunes puede disfrutar cada comunero, es ajustado a la lógica que pueda ejercitar acciones

contra otro para defenderlos, ya que en caso contrario algo faltaría para la efectividad de los derechos que su título de propietario le atribuye". En el mismo sentido la STS de 16 de marzo de 1994 precisa que "es reiterada la jurisprudencia que conforme a la LPH reconoce la representación en juicio de los comuneros tanto para defensa de intereses de la comunidad como de los correspondientes a elementos privativos, admitiendo la legitimación por sustitución incluso para corregir defectos en estos".

Es cierto que la jurisprudencia más o menos vacilante en esta materia pero considero que esta línea hermenéutica es acertada máxime citándose jurisprudencia del TS, de tal suerte que debe decaer la excepción.

»Segundo.- Ello no obstante, dadas las peculiaridades de esta comunidad, debe señalarse que consta documentalmente en autos que el mismo demandante ha alterado elementos comunes de la propiedad (documento n.º 5) sin el correspondiente permiso. Ciertamente un incumplimiento no justifica otro, pero en este caso estamos ante un claro ejemplo de incoherencia que tiene apoyo normativo tanto en la doctrina de los actos propios como en la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar respecto a lo primero las SSTS 24 de abril de 2001 y 16 de febrero de 1998 , y respecto a lo segundo las SSTS de 12 de julio de 1996 , 13 de noviembre de 2008 y 17 de octubre de 2008 . No es de recibo alegar ahora interés de la comunidad cuando el mismo demandante ha actuado de la misma forma que el demandado y cuando además no queda acreditado que con la obra realizada se haya alterado la estructura del edificio de tal forma que pueda suponer un riesgo. Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia ha aplicado en casos similares la doctrina del abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo en casos en que la alteración de elementos comunes es nimia, como es el caso de la SAP Castellón de 26 de septiembre de 2002 . También en los casos de tratamiento selectivo de acciones: SAP Santa Cruz de Tenerife 24 de septiembre de 2001 , Zaragoza de 9 de febrero de 2002 , Badajoz 7 de julio de 2003 .

No se puede pretender el cumplimiento de algo incumplido previamente por el actor, por lo que con base también en lo dispuesto en el *art. 11.2 LOPJ* ha de desestimarse la demanda en este punto.

»Tercero.- En cuanto a la reclamación por los daños en el cuarto de baño, de la misma redacción de la contestación de la demanda así como de las manifestaciones del encargado de la empresa SAGA, se desprende que la causa admitida de los daños es la obra realizada por el demandado. Por ello ha de estimarse la demanda en este punto, pues pese a la actitud del demandante que no fue ciertamente proclive a permitir o facilitar la reparación o incluso la actuación del perito judicial, lo cierto es que fueron causados unos daños como consecuencia de una acción instada por la parte demandada, por lo que concurriendo los requisitos del *art. 1902 Cc* ha de ser estimada la demanda en este punto. En cuanto a la cuantía hemos de pasar por lo expuesto en el informe del perito Sr. Jose Ignacio al no contar con otra peritación.

»Cuarto.- En materia de intereses ha de ser aplicada la STS de 20 de enero de 2009 (re. 1234/2008), que sienta doctrina sobre la cuestión:

Esta Sala -como ha hecho la Audiencia Provincial de Barcelona, al igual que un sector significativo de la doctrina- ha declarado en alguna ocasión que la mora del deudor, cuando sea necesaria la interpelación y esta se efectúe judicialmente, se produce cuando aquel es emplazado, ya que es entonces cuando conoce o puede conocer que el acreedor le reclama el pago sentencias de 15 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 2000 y 29 de junio de 2004.

De otro lado, como la reclamación judicial está sujeta a unas reglas específicas de naturaleza procesal, las cuales establecen cuando hay que entender que una pretensión se encuentra sometida a la futura decisión del tribunal y, por ello, cuando cabe hablar de litispendencia, son numerosas las sentencias que declaran producida la mora no con el emplazamiento del demandado, sino con la mera interposición de la demanda - sentencias de 18 de junio de 1982 , 3 de julio de 1984 , 7 de septiembre de 1990 , 30 de diciembre de 1993 , 30 de diciembre de 1994 , 12 de julio de 1996 , 13 de octubre de 1997 , 25 de octubre de 2002 , 16 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008 -, aunque ello signifique, se diga o no, negar la naturaleza recepticia de tal modalidad de interpelación.

Esta interpretación última sobre el momento en que debe entenderse producida la reclamación judicial, debe ser mantenida y completada con lo que dispone el *artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* con respecto al comienzo de la litispendencia que tiene lugar con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea después admitida.

A las razones en que se basan las sentencias que sostienen la referida doctrina, cabe añadir hoy la conveniencia de contribuir en lo que sea posible a que las consecuencias de la morosidad resulten disuasorias.

»Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 394 de la LEC* , no se hace especial condena en costas dada la parcial estimación de la demanda.

»Vistos los arts citados y demás de general aplicación,»

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Soria, Sección 1.ª, dictó sentencia de diez de junio de 2009, en el rollo de apelación n.º 128/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Hugo , representado por la procurador Sra. Yáñez Sánchez y defendido por el letrado Sr. Plaza Almazán; y desestimando la impugnación formulada por don Leonardo , representado por la procurador Sra. Alfageme Liso y defendido por el letrado Sr. Folch Santamaría; contra la sentencia dictada el 1 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Soria en el procedimiento ordinario 128/2009 , revocamos parcialmente la expresada resolución, en el único sentido de que procede condenar a don Leonardo , a reparar los daños existentes en el baño de la vivienda del actor y en el salón descritos en el informe pericial acompañado con la demanda, en lugar de abonar la suma de 612,19 euros que se acordó en la sentencia de instancia.

Se ratifica expresamente el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.».

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

»Primero.- La parte actora ejercitó acción *ex artículo 11 LPH* . Fundamentó su acción en que el demandado ha procedido a unir su vivienda sita en la planta NUM000 del inmueble situado al número NUM001 de la CALLE000 , con el trastero descrito con el número uno de la escritura de división de propiedad horizontal, y extinción de la comunidad, sito en la planta cuarta del mentado edificio. Dicha actuación ha sido realizada sin autorización de la Comunidad de Propietarios, procediendo a la unión de ambas plantas. Además el demandado realizó obras en un cuarto de baño de su vivienda, produciéndose un desplome del techo, ocasionando un agujero en el techo del baño del demandante, caída de fluorescente y pique en la bañera sobre la que cayeron los cascotes. La demandante impetraba que se declarara la ilicitud de la obra de unión del trastero con la vivienda, debiendo procederse al cerrado del hueco. Que se declarara que los locales destinados a trasteros en la planta cuarta del edificio no podían ser destinados a viviendas o dependencias con un uso vividero o habitable sin autorización de la Junta de propietarios. Que se declarara la ilegalidad de las obras y se condenara al demandado a reparar los daños existentes descritos en el informe pericial acompañado a la demanda en la forma y modo que en el se indican.

La sentencia de instancia condenó al demandado a pagar al actor la suma de 612,19#, según se especificaba en el citado informe pericial.

Contra esta resolución se alzan ambos litigantes. La parte actora interpone recurso de apelación, refiriendo, en síntesis, que el demandado unió, rompiendo el forjado, la planta tercera del inmueble con la planta cuarta, uniendo el salón de su vivienda con el trastero número 1, sin la autorización de la comunidad de propietarios. Manifiesta que la sentencia impugnada no ha resuelto la petición referente a que debe declararse que los locales destinados a trasteros de la planta cuarta del edificio no pueden ser destinados a viviendas o dependencias con uso vividero o habitable sin la autorización de la comunidad de propietarios por unanimidad, y que debe declararse la ilegalidad de las instalaciones existentes en el trastero número tres y suprimirse las conexiones a servicios e instalaciones de que disponga el citado trastero y que se encuentren conectados a las redes generales de la comunidad.

Con relación a la última pretensión, dice el apelante que en la demanda se solicitaba que se condenara a la actora a reparar los daños existentes en el baño de la vivienda del actor y en el salón descritos en el informe pericial acompañado a la demanda como documento número 2. Por lo tanto, dice el apelante que se solicitaba una condena de hacer, no se pedía el abono de una cantidad. Por consiguiente, la sentencia es incongruente.

Por su parte, la parte demandada impugna la sentencia de instancia: reitera la falta de legitimación de la parte actora para entablar la acción, inadmisión de la excepción procesal de acumulación de acciones, y se opone a la estimación parcial de al demanda, que le condena al pago de 612,19#.

Comenzaremos el análisis de los recursos empezando por las excepciones alegadas por la parte demandada impugnante, habida cuenta de que su estimación impediría conocer el fondo del asunto.

»Segundo.- Comenzando por la legitimación del actor para entablar la acción que se examina, la Ley de Propiedad Horizontal, en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del presidente, a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye la representación y defensa de intereses comunes. Al presidente, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha extendido sus facultades a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen; solo así se evitan procesos con innumerables personas a todas las cuales puede representar el Presidente; pero también el Tribunal Supremo ha reiterado (sentencias, entre otras, 3-2-1983 , 23-11-1984 , 12-2-1986 , 7-12-1987 y 9-2-1987) que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares. Defensa que puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del presidente o de los demás comuneros e incluso cuando sean estos contrarios al litigio.

Por lo tanto, el actor está legitimado para entablar la acción *ex artículo 11 LPH* , puesto que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad para defenderlos. El motivo de la impugnación debe ser desestimado.

Con relación a la excepción de indebida acumulación de acciones, consideramos que es posible la acumulación de las entabladas por el actor sobre la base de los *artículos 71 y 72 LEC* , pues se reclama en forma conjunta la reparación de unos daños sufridos por el actor como consecuencia de las obras llevadas a cabo por el demandado, obras que son la causa de la acción emprendida en defensa de los intereses comunitarios. Ambas acciones no son incompatibles, existiendo un nexo entre ellas y una misma causa de pedir, por lo que la excepción alegada debe ser rechazada.

»Tercero.- Una vez analizadas las excepciones procesales alegadas por la parte demandada impugnante, procede el análisis del recurso de la parte actora apelante. El primer motivo del recurso manifiesta, en resumen, que el demandado ha roto un forjado y ha unido dos plantas del edificio sin autorización unánime de la Comunidad de Propietarios lo que supone una afectación de elementos comunes y un acto contrario a derecho.

Pues bien, convenimos que, en el supuesto de autos, no pueden ignorarse por su importancia las especiales circunstancias que concurren en el caso debatido, cuales son: las obras efectuadas por el demandado han consistido en la incorporación del trastero que se localiza inmediatamente superior a la vivienda del demandado. Estas obras únicamente afectan al forjado interior que divide ambas dependencias, cuya supresión no menoscaba la seguridad del edificio, ni su estructura general ni su configuración o estado exterior -véase informe al folio 123-. En estos casos la Jurisprudencia menor ha posibilitado esta agregación cuando no se afecta a muros o elementos comunes o se modifica la situación jurídico-registral de los inmuebles. La autorización de la Junta debe quedar, en todo caso, para los supuestos en que la obra obligue a actuar sobre aquellos elementos, o sea obligada la modificación de las cuotas, supuestos que entiende la Sala que en el caso de autos no concurren. Pero además, en el caso examinado, confluye la circunstancia específica de que la cuarta planta del inmueble en cuestión fue habilitada anteriormente por todos comuneros como vivienda para la madre de estos, y que, además, no se ha acreditado que dicha obra perjudique a la comunidad. Es más, la propia comunidad se ha opuesto al ejercicio de la presente acción por el actor. Un supuesto muy similar lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, 21-3-2005; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20 bis, rollo de apelación 208/2002, sentencia de 4 de mayo de 2003; Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, 20 de diciembre de 2002. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

»Cuarto.- El siguiente motivo del recurso refiere que la sentencia de instancia no se ha pronunciado sobre la petición de la demanda, referente a que debe declararse que los locales destinados a trasteros de la planta cuarta del edificio no pueden ser destinados a viviendas o dependencias con uso vividero o habitable sin la autorización de la comunidad de propietarios por unanimidad, y que debe declararse la ilegalidad de las instalaciones existentes en el trastero número tres y suprimirse las conexiones a servicios e instalaciones de que disponga el citado trastero y que se encuentren conectados a las redes generales de la comunidad.

Pues bien, consideramos que la petición debe ser desestimada, en cuanto que es una cuestión que afecta a la comunidad de propietarios, que no solo no ha sido demandada sino que se ha opuesto al ejercicio de la presente acción, y es un problema que no atañe únicamente al demandado don Leonardo . Además, como se dijo, la cuarta planta en cuestión fue habilitada en su día por la comunidad como vivienda, aunque posteriormente se acordara su división en trasteros. Por lo tanto, el motivo debe perecer.

»Quinto.- El último motivo del recurso manifiesta que la demanda solicitaba que se condenara al demandado a reparar los daños existentes en el baño de la vivienda del actor descritos en el informe pericial acompañado en la demanda como documento número 2 en la forma y modo que en él se indican. Dice que se interesaba una concreta condena de hacer del demandado, no se pedía el abono de cantidad de dinero. La sentencia de instancia condena al demandado al abono de la cantidad en que se tasó el coste de dicha reparación, que no se pidió.

Por su parte, el demandado impugna la sentencia de instancia en este punto, refiriendo que los daños no han sido reparados porque el actor no lo ha permitido. El informe de la empresa SAGA confirma que es inevitable que en la mayoría de los casos al tratar de reparar, cambiar o modificar los tubos cuando se procede a las reparaciones de los cuartos de baño, que se rompa la bovedilla, que se reparan y quedan en perfectas condiciones. El informe manifiesta que no se les permitió la reparación porque el dueño deseaba que fuera valorado por el seguro.

En cualquier caso, deberá estimarse el recurso en este punto, toda vez que, efectivamente, lo resuelto en sentencia no es conforme con lo pedido en la demanda, que impetraba una condena de hacer y no una indemnización; y no consta que se haya procedido a la reparación, por lo que el demandado deberá proceder a la reparación de los daños existentes en el baño de la vivienda del actor y en el salón descritos en el informe pericial acompañado con la demanda.

»Sexto.- Por todo lo expuesto, debe dictarse resolución estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Hugo , acordando que el demandado don Leonardo proceda a efectuar la reparación referida anteriormente, desestimando el resto de las pretensiones del recurrente. La parcial estimación del recurso conlleva que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas del mismo.

Y debemos desestimar la impugnación formulada por don Leonardo , sin que hagamos tampoco expresa condena en cuanto a las costas de su recurso, habida cuenta de que consta que intentó, sin éxito, la reparación de los daños ocasionados.

»Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Hugo se formula el siguiente motivo:

«Recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º de la LEC* por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo con infracción de los *artículos 7.1, 9.1 a), 12 y 17.1 LPH de 1960* y *artículo 396 CC* .»

El motivo se funda, en síntesis, en que la realización de obras en elementos comunes, tales como los forjados, precisan del consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para su ejecución, aunque aquellas no menoscaben o alteren la estructura, la seguridad o la configuración o estado exterior del edificio. Alega la parte recurrente que dichas alegaciones resultan amparadas por las SSTS de fechas 20 de abril de 1994 , 6 de noviembre de 1995 , 15 de junio de 2005 y 15 de diciembre de 2008 .

SEXTO.- Por auto de 25 de mayo de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

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

- Inexistencia del interés casacional alegado por la parte recurrente al no decidir las SSTS reseñadas supuestos idénticos al hecho enjuiciado.

- El recurso de casación interpuesto es contrario a la buena fe conforme al *artículo 7.1 CC* , supone un abuso de derecho e infringe la doctrina de los actos propios al haber ejecutado también el demandante obras que afectaban a los elementos comunes sin la autorización de la comunidad de propietarios.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 10 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar.

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

CC, Código Civil.

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

LPH, *Ley 49/1960, de 21 de julio* de propiedad horizontal.

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 formuló demanda en la cual interesaba la declaración de ilicitud de la obra ejecutada por el demandado consistente en la unión física de su vivienda, ubicada en la planta NUM000 , al trastero n.º NUM002 , situado en la planta NUM003 y la condena del demandado a cerrar el hueco abierto poniendo fin a la comunicación entre tales espacios; declaración de que los locales destinados a trasteros de la planta 4.ª del edificio no puedan ser destinados a viviendas o dependencias habitables sin autorización unánime de la junta de propietarios; y en último lugar la condena a reparar los daños ocasionados por las obras ejecutadas en el baño y en el salón de la vivienda del demandante.

2. La parte demandada se opuso a la demanda. En primer lugar alegó que también el demandante había ejecutado obras que afectaron a elementos comunes sin la autorización de la comunidad de propietarios. En relación con la habitabilidad de la planta cuarta destinada a trasteros manifestó que esta previamente había constituido la residencia de la madre de los ahora litigantes, contando, por tanto, dicha planta con todas las instalaciones propias de una vivienda.

3. El juez a quo estimó parcialmente la demanda. En cuanto a la legalidad de las obras, consideró, que al constar que el propio demandante había realizado obras que afectaban igualmente a los elementos comunes, y, con apoyo normativo tanto en la doctrina de los actos propios como de la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos, las obras litigiosas no podían declararse ilegales. En relación con los daños ocasionados al demandante por las obras ejecutadas por el demandado condenó a este a abonar a aquel la cantidad de 612,19 euros.

4. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante y desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Confirmó la sentencia recurrida en cuanto a la no declaración de ilegalidad de las obras ejecutadas con fundamento en que estas pese a afectar al forjado interior que divide las dependencias unidas por el demandado son obras que no menoscaban ni la seguridad, ni la estructura general del edificio ni su configuración o estado exterior. En cuanto a la petición del demandante de declaración de que los locales destinados a trasteros de la planta 4.ª no puedan ser destinados a vivienda se desestimó con base en que la comunidad de propietarios no había sido demandada en el presente procedimiento. En último lugar, y por lo que respecta a los daños reclamados por el demandante, revocó la sentencia recurrida con base en que lo resuelto en sentencia no era conforme con lo solicitado por el demandante, el cual impetraba una condena de hacer y no una indemnización, por lo que, condenó al demandado a reparar los daños existentes en el baño y salón de la vivienda del demandante.

5. La parte demandante preparó e interpuso recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º por la vía del interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo con infracción de los artículos 7.1, 9.1 a), 12 y 17.1 LPH de 1960 y artículo 396 CC .

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

«Recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo con infracción de los artículos 7.1, 9.1 a), 12 y 17.1 LPH de 1960 , y artículo 396 CC .»

El motivo se funda, en síntesis, en que la realización de obras en elementos comunes, tales como los forjados, precisan del consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para su ejecución, aunque aquellas no menoscaben o alteren la estructura, la seguridad o la configuración o estado exterior del edificio. Alega la parte recurrente que dichas alegaciones resultan amparadas por las SSTS de fechas 20 de abril de 1994 , 6 de noviembre de 1995 , 15 de junio de 2005 y 15 de diciembre de 2008 .

El motivo ha de estimarse.

TERCERO.- *Obras en elementos comunes sin la autorización de la Junta de Propietarios.*

A) La Ley de Propiedad Horizontal establece la prohibición de llevar a cabo cualquier obra que suponga la alteración o modificación de elementos comunes, es decir, todos los que no son privativos, para cuya determinación sirve de orientación el *artículo 396 del Código Civil*, a los que cabe añadir otros que puedan existir, aun no citados en dicho precepto, dentro de las características de cada Comunidad.

De conformidad con la literalidad de la LPH así como del CC, la doctrina jurisprudencial distingue entre las obras ejecutadas por los propietarios bien en sus elementos privativos bien sobre elementos comunes. En el primero de los casos, el propietario podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso o local si no menoscaba o altera la seguridad del edificio, su estructura general, configuración o estado exterior o perjudica los derechos de otros propietarios. En el supuesto que las obras realizadas afecten o alteren los elementos comunes se precisará para la legalidad de las obras la autorización unánime de la comunidad sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los restantes propietarios o intereses comunitarios o la alteración de la seguridad del edificio, su estructura general, configuración o estado exterior (STS de 6 de noviembre de 1995 [RC 1243/1992]).

En cuanto a la delimitación de que elementos han de ser considerados como comunes, por lo que su afectación o alteración precisará del consentimiento unánime de la junta de propietarios, y a los efectos del presente procedimiento, habrá de entenderse que en la "estructura" del inmueble se incluye todo lo que forma parte de la armadura de fábrica del edificio, como los forjados; la posibilidad de que cualquier propietario pueda verificar modificaciones en ella es contraria no sólo a la *Ley de Propiedad Horizontal (artículos 7.1 y 12)*, sino también al principio básico de la copropiedad, pues si hay algo que realmente ostenta la consideración de común es la estructura de la finca (STS 17 de febrero de 2010 [1958/2005]).

Por lo anterior se reitera como doctrina jurisprudencial que la ejecución de obras en elementos comunes, tales como los forjados, los cuales conforman la estructura del edificio, requieren del consentimiento unánime de la comunidad sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los propietarios o afecten o no a la estructura, seguridad o configuración exterior del edificio comunitario.

B) La aplicación de esta doctrina al caso examinado exige la estimación del recurso. La sentencia impugnada concluye que las obras litigiosas, consistentes en la unión física de la vivienda propiedad del demandado, situada en la planta NUM000 con el trastero ubicado en la planta superior, aun afectando al forjado interior que divide ambas dependencias, no menoscaban la seguridad del edificio, ni su estructura general ni su configuración o estado exterior ni perjudica a la comunidad por lo que declara la legalidad de las mismas. Pues bien, efectivamente, tal y como alega la parte recurrente, la Audiencia Provincial alcanza dicha conclusión en clara contradicción con la jurisprudencia destacada por lo que no resulta ajustada a esta, ya que las obras ejecutadas afectan directamente al forjado interior que une las plantas tercera y cuarta, al consistir en la supresión de este con la finalidad de unir la vivienda del demandado con el trastero que se encuentra en la planta superior. Dicha eliminación del forjado como elemento común comporta una alteración esencial de la estructura del edificio, la cual, e independientemente de que se vean afectados intereses de propietarios o la estructura, estabilidad o configuración exterior del edificio, precisan para su validez y legalidad el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios, consentimiento inexistente en el presente procedimiento.

CUARTO.- Estimación del recurso de casación.

La estimación del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el *artículo 487. 3 LEC*, implica, además de casar, en todo o en parte, la sentencia recurrida, declarar lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial.

En el presente supuesto la estimación del recurso de casación implica estimar parcialmente la demanda interpuesta por D. Hugo y declarar que la obra ejecutada por el demandado, consistente en la unión física de su vivienda sita en la planta NUM000 y el trastero n.º NUM002 de la planta NUM003 del edificio sito en la CALLE000, n.º NUM001 de Soria, es ilícita, condenando a dicho a demandado a estar y pasar por esta declaración, y a que cierre el hueco abierto, poniendo fin a la comunicación entre tales locales. Se mantienen en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Se reitera como doctrina jurisprudencial que la ejecución de obras en elementos comunes, tales como los forjados, los cuales conforman la estructura del edificio, requieren del consentimiento unánime de la comunidad sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los propietarios o afecten o no a la estructura, seguridad o configuración exterior del edificio comunitario.

QUINTO.- Costas

De conformidad con lo establecido en el *artículo 398* en relación con el *artículo 394*, ambos *LEC*, no procede la imposición de las costas de la primera instancia, ni las de apelación, ni las generadas en el presente recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Hugo contra la sentencia de 10 de junio de 2009 dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Soria en el rollo de apelación n.º 128/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Hugo , representado por la procurador Sra. Yáñez Sánchez y defendido por el letrado Sr. Plaza Almazán; y desestimando la impugnación formulada por don Leonardo , representado por la procurador Sra. Alfageme Liso y defendido por el letrado Sr. Folch Santamaría; contra la sentencia dictada el 1 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Soria en el procedimiento ordinario 128/2009 , revocamos parcialmente la expresada resolución, en el único sentido de que procede condenar a don Leonardo , a reparar los daños existentes en el baño de la vivienda del actor y en el salón descritos en el informe pericial acompañado con la demanda, en lugar de abonar la suma de 612,19 euros que se acordó en la sentencia de instancia.

Se ratifica expresamente el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hugo contra la sentencia de 1 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Soria en el procedimiento ordinario n.º 55/2008 , con estimación parcial de la demanda interpuesta, declaramos que la obra ejecutada por el demandado, consistente en la unión física de su vivienda sita en la planta NUM000 y el trastero n.º NUM002 de la planta NUM003 del edificio sito en la CALLE000 , n.º NUM001 de Soria, es ilícita, condenamos a dicho a demandado a estar y pasar por esta declaración, y a que cierre el hueco abierto, poniendo fin a la comunicación entre tales locales. Se mantienen en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

4. Reiteramos como doctrina jurisprudencial que la ejecución de obras en elementos comunes, tales como los forjados, los cuales conforman la estructura del edificio, requieren del consentimiento unánime de la comunidad sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los propietarios o afecten o no a la estructura, seguridad o configuración exterior del edificio comunitario.

5. No hacemos imposición de las costas causadas en primera instancia, ni en el recurso de apelación ni en el presente recurso de casación.

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.