

EDJ 2009/304106

AP Madrid, sec. 13ª, S 6-10-2009, nº 450/2009, rec. 857/2008

Pte: Bustos Gómez-Rico, Modesto de

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHO DE PROPIEDAD

PROPIEDADES ESPECIALES

Propiedad horizontal

Órganos de la comunidad

Junta de propietarios

Impugnación de los acuerdos

Elementos comunes

Daños y alteraciones

Consentimiento de la alteración

Necesidad de unanimidad

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley 28/2005 de 26 diciembre 2005. Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000

Cita Ley 49/1960 de 21 julio 1960. Propiedad Horizontal

Cita art.396 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Desestimado el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 1ª de 18 julio 2012 (J2012/153746)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1, de los de Pozuelo de Alarcón, en fecha dieciséis de junio de dos mil ocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo la demanda presentada por la procuradora de los tribunales Dª Rosa Redondo Robles actuando en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL CENTRO COMERCIAL DE DIRECCION000 contra D. Rodrigo y Dª Esmeralda y; 1) debo declarar y declaro el incumplimiento estatutario de los demandados con respecto a las obras inconsentidas y realizadas en elementos comunes en unión de instalaciones, igualmente inconsentidas y sin autorización, igualmente en elementos comunes, 2) Que se condene a los cónyuges demandados a reponer los elementos comunes afectados a su estado inicial y en concreto a cerrar el hueco en fachada y puerta corredera, abierta en el exterior del centro comercial al desmantelamiento y retirada de la terraza de veladores en zona exterior común, al desmantelamiento y retirada del toldo en techo y laterales en la citada terraza en zona exterior común y el desmantelamiento y retirada de arco rehiero en terraza interior en zona común y la retirada de un recreativo fútbolín en zona común de paso. Y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada".

En fecha veinticuatro de julio de dos mil ocho se dicta auto aclarando la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE COMPLETA LA SENTENCIA dictada en el presente procedimiento el día dieciséis de junio de dos mil ocho, en los siguientes términos "PARA EL CASO DE QUE LOS DEMANDADOS NO PROCEDAN AL DESMANTELAMIENTO ACORDADO DEBERAN ABONAR A LA ACTORA LA CANTIDAD DE MIL SETECIENTOS VEINTIDOS EUROS CON SESENTA Y CINCO CENTIMOS (1.722,65), manteniéndose en lo demás lo acordado en dicha resolución.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha cinco de diciembre de 2008, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día treinta de septiembre de dos mil nueve.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acepta íntegramente y se da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El 22 de junio de 2007 la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial DIRECCION000, en lo sucesivo la Comunidad de Propietarios, presentó demanda de juicio ordinario con relación a lo preceptuado en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 y por vulneración de los artículos 7 y 16 de los Estatutos de la Comunidad, por obras in consentidas en elementos comunes e instalaciones, no consentidas, contra D^a Esmeralda y D. Rodrigo, como propietarios en pleno dominio y con carácter ganancial del local comercial en planta baja, señalado con el número 43 del Centro Comercial DIRECCION000, sito en el término municipal de Pozuelo de Alarcón, finca que figura en el Registro de la Propiedad núm. Uno de dicha localidad con el número NUM002, según se acredita con la certificación del Registrador obrante a los folios 10 a 16, por la que solicitaba:

"A) Se declare el incumplimiento estatutario de los demandados con respecto a las obras in consentidas y realizadas en elementos comunes en unión de instalaciones, igualmente in consentidas y sin autorización, igualmente en elementos comunes.

B) Se condene a lo cónyuges demandados citados a reponer los elementos comunes afectados a su estado inicial y en concreto, a cerrar el hueco en fachada y su puerta corredera, abierto en el exterior del Centro Comercial; al desmantelamiento y retirada de la terraza de veladores en zona exterior común; al desmantelamiento y retirada de toldo en techo y laterales en la precitada terraza en zona exterior común; al desmantelamiento y retirada de arco de hierro en terraza interior en zona común y a la retirada de un Recreativo (Fútbolín) en zona común de paso.

C) Para el caso de que por los cónyuges demandados, hiciesen caso omiso del apartado anterior, se les condene asimismo a abonar a la actora, la cantidad de 1.722,65 Euro, importe fijado por el Perito para desmantelamiento y reposición a su estado inicial de los elementos comunes afectados."

En la inscripción 2^a de la finca registral núm. NUM000, Parcela NUM001 en la Urbanización DIRECCION000, relativa al título de obra nueva y al régimen de propiedad horizontal, según resulta de la escritura pública otorgada el 6 de agosto de 1987, se recoge el régimen jurídico por el que se ha de regir la Comunidad y entre las normas aplicables los Estatutos del Centro Comercial, cuyo artículo 7 dice:

"Cada dueño podrá hacer en su local las obras o reparaciones que estime conveniente, siendo de su exclusiva cuenta los gastos de ella. Si las obras que se traten de realizar afectaran a los elementos comunes, será indispensable la autorización por unanimidad de la Junta de Propietarios del inmueble, la cual, de concederla, fijará las condiciones bajo las cuales se han de ejercitar. Si se contraviniera esta norma podrá la Junta de Propietarios exigir que se devuelvan las cosas a su estado primitivo a costa del propietario que las realizó, independientemente de poder exigirle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

En el artículo 16 se precisa que todos los locales tendrán acceso desde el interior del Centro Comercial, salvo los que expresamente se enumeran, entre los que no se encuentra el señalado con el número 43, propiedad de los demandados.

En el artículo 19, apartado h) se especifica que el local núm. 43 le corresponde el uso exclusivo de un espacio destinado a terraza de 30 m², sito en la zona central frente a su entrada entre la rampa y los escalones, delimitado en el pavimento y en el Plano del Proyecto de Construcción TI-43 -folios 20 a 37-. Este artículo fue modificado, según consta en la inscripción 4^a, por escritura pública otorgada el 18 de marzo de 1988, en el sentido, en lo que interesa para la resolución del recurso, de que el local 43 le corresponde el uso exclusivo del espacio antes señalado que es de 60 m² -folios 38 a 42-.

Los demandados no sólo se opusieron a la demanda, aduciendo según se recoge sintéticamente en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada que solicitaron autorización para realizar las obras necesarias a fin de adecuar el local a la Ley 28/2005, de veintiséis de diciembre EDL 2005/206328, sobre medidas sanitarias frente al tabaquismo, entre ellas la apertura de un hueco en fachada para instalar una puerta que permitiera la salida al exterior, igual que realizaron los locales números 35 y 37 para la salida de humos, las cuales fueron aprobadas por la Junta Directiva, entendiéndose que la instalación del arco de hierro que aceptada como consecuencia del procedimiento ordinario seguido con el número 66/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Majadahonda, que concluyó por sentencia que les condenaba a desmantelar la valla perimétrica pero sin hacer referencia al arco de forja, comunicando verbalmente a la gerencia la colocación en un espacio común del fútbolín; sino que, aprovechando la oportunidad que les proporcionaba el inicio del procedimiento, el 7 de septiembre de 2007 formularon reconvenición con el suplico de que se declare:

Que es nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado en la Junta General del 30 de noviembre de 2006, punto 5º Orden del Día, por haberse violado con su adopción los principios constitucionales de igualdad ante la ley y no discriminación.

Que es nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios del 9 de marzo de 2006, relativo al punto 8º del Orden del Día por haberse violado con su adopción los principios constitucionales de igualdad ante la ley y no discriminación.

Para el caso de que no se acepte la nulidad de pleno derecho solicitada, que se declare nulo y se anule el acuerdo adoptado en la Junta General de fecha 30 de noviembre, punto 5º Orden del Día, porque va en contra del artículo 4.3 de los Estatutos de la Comunidad y o cumple con lo establecido por el artículo 17.3ª de la LPH EDL 1960/55 .

Que se declaren ajustadas a derecho las obras realizadas por esta parte consistentes en apertura de puerta en fachada del Centro Comercial, instalación de terraza de veladores en zona exterior común e instalación de toldo en techo y laterales de la citada terraza, y que en consecuencia no ha lugar a reposición de las citadas obras a su estado inicial.

Que se declare ajustado a derecho la colocación de arco de hierro en terraza interior y la colocación de futbolín, y en consecuencia no deberá desmantelarse aquél ni ser retirado éste.

Que en concepto de daño moral, la parte demandada por la reconvención deberá indemnizar a los cónyuges propietarios del local 43 con una cantidad de 4.540,00 euros."

La Juzgadora de Primera Instancia dictó sentencia el 16 de junio de 2008 por la que estimó íntegramente la demanda y rechazó la reconvención con los pronunciamientos que figuran transcritos en los antecedentes de ésta, con el complemento que se contiene en el auto de 24 de julio de 2008 .

Contra esta resolución interpusieron los demandados el recurso de apelación que ahora decidimos en el que, tras relatar los antecedentes de hecho, dividieron los motivos o alegaciones impugnatorios en aquéllos que se referían a infracciones procesales de carácter formal que no pudieron denunciarse con anterioridad, y aquéllos otros que atañían al fondo que, dado lo prolijo de su enumeración, iremos enunciado al resolverlos.

La Comunidad de Propietarios demandante y apelada se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia.

TERCERO.- Infracciones procesales.

En el encabezamiento de la sentencia se expresa el nombre de las partes litigantes, pero efectivamente se omite el nombre del procurador y del abogado de la parte demandada y del objeto del juicio; sin embargo esta falta no provoca la nulidad de la sentencia, pues tal prescripción no es esencial en el seno del procedimiento, ni su inobservancia causa indefensión a la parte, sin que la mención omitida sea indispensable para que el procedimiento alcance su fin esencial de dar solución a las pretensiones deducidas por las partes litigantes. Pero es que además la sentencia se concibe como un todo y en los fundamentos primero y segundo de un modo más que suficiente se explicita el objeto del juicio, expresándose en su parte dispositiva el nombre del procurador de los demandados, que es el único que ostenta su representación en el proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Siendo su Letrado el mismo que ha dirigido su defensa en el recurso.

El Artículo 209-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 señala que en los antecedentes de hecho se consignarán los hechos probados, en su caso, expresión que pone en entredicho la obligatoriedad de que en los antecedentes de hecho de las sentencias civiles se consignen de modo pormenorizado y preciso como ocurre en otras jurisdicciones (penal y laboral), siendo suficiente con que se contengan en los fundamentos jurídicos como base del silogismo judicial y parte integrante de la sentencia, de modo que permitan conocer el proceso lógico jurídico que da soporte a la decisión judicial, sin que sea exigido, bajo sanción de nulidad e ineficacia de la resolución, efectuar una relación detallada y exhaustiva de todas las actuaciones practicadas, debiendo entenderse que todos aquéllos hechos o actos que no han constituido el presupuesto de aplicación de la norma reguladora de la cuestión debatida y que se considera aplicable es que no se reputan acreditados por el Juzgador o que no revisten trascendencia en la decisión del litigio. Al respecto son de interés, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2004 y 25 de noviembre de 2008, en la que se declara que es suficiente que la motivación de la sentencia incluya los hechos que le sirven de fundamento y el Juzgador estima probados con expresión de la valoración de la prueba, desde la perspectiva jurisprudencial de que la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes y el fallo o consecuencia de ésta.

Se denuncia la infracción de la regla 3ª del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por cuanto en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto de la sentencia se omiten puntos de hecho y de derecho que la recurrente considera sustanciales en apoyo de sus pretensiones (no se recoge el acuerdo adoptado en el punto 5º de la Junta de Propietarios del 30 de noviembre de 2006, no se recoge la argumentación realizada con relación al trato discriminatorio, ni los argumentos para impugnar las votaciones realizadas en las Juntas de Propietarios o los referidos a la aplicación de la Ley 28/2005 EDL 2005/206328 , ni las argumentaciones de la parte contraria para oponerse a la reconvención).

La sentencia no tiene que recoger en su fundamentación jurídica todos los hechos aducidos por las partes ni los argumentos utilizados para lograr una valoración favorable a sus pedimentos, es suficiente con que en los fundamentos se relacionen los hechos esenciales que dan lugar a las respectivas pretensiones, se concrete cual es la norma que invocan en su apoyo o que consideran violada, en definitiva, que se concrete la cuestión controvertida, y ello se ha efectuado en este caso, concretamente en los tres primeros fundamentos, concluyéndose en el cuarto que las obras realizadas por los demandados contravienen los artículos 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 y 7 de los Estatutos de haber solicitado y no obtenido la autorización unánime de los restantes comuneros. Infiriéndose de su tenor la legalidad de los acuerdos de la Junta de Propietarios, cuya nulidad pedía en la reconvención que, por eso, fue rechazada.

Si bien es verdad que la motivación se incardina dentro del derecho a la tutela judicial sin indefensión, lo que exige que la sentencia contenga los razonamientos fácticos y jurídicos precisos en torno a la apreciación y valoración de las pruebas y la aplicación del derecho a fin de dar la respuesta judicial demandada sobre todas las cuestiones debatidas, no lo es menos que este requisito esencial de la sentencia no está reñido con la parquedad ni exige una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes o una crítica individualizada de cada medio de prueba -Sentencia del Tribunal Constitucional 184/98, de 28 de septiembre, 165/99, de 27 de septiembre, 187/2000, de 10 de julio, 214/2000, de 18 de septiembre, 213/03, de 1 de diciembre, 302/05, de 21 de noviembre y 314/05, de 12 de diciembre,

entre otras, y del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1992, 1 de junio de 1995, 13 de febrero de 1997, 27 de marzo de 1999, 28 de diciembre de 2001 y 5 de marzo y 2 de julio de 2002, 30 de junio de 2003 y 29 de marzo de 2005, entre otras muchas-.

Sin que pueda confundirse la falta de motivación con la motivación no favorable a los intereses de la parte. Aquí, aunque es sucinta la argumentación contenida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, cumple la exigencia legal y permite conocer cual es la razón jurídica que lleva a la Juzgadora estimar la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados, la violación de las normas de la cual nace y, en definitiva, al acogimiento de la demanda y el rechazo de la reconvencción.

El carácter intrascendente de las omisiones denunciadas y la observancia en la sentencia de las exigencias contenidas en el artículo 209 no permite apreciar contravención alguna en el fallo a lo preceptuado en la regla 4ª del mencionado artículo, que desde luego se atiene al principio de justicia rogada que se recoge en el artículo 216, pues no se da o se deniega cosa distinta de lo que ha sido pedido o ha merecido la oposición de la parte contraria.

CUARTO.- Motivos del recurso con relación al fondo o cuestión litigiosa.

Dado que los demandados solicitan en la demanda reconvenccional la nulidad de los acuerdos adoptados dentro del punto 8º del Orden del Día de la Junta de Propietarios celebrada el 9 de marzo de 2006 y del punto 5º del Orden del Día de la Junta General que tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006, cuya decisión pudiera afectar al ejercicio de la acción deducida en la demanda principal, su estudio debe ser prioritario.

El punto 8º de la Junta General Ordinaria de la Comunidad de Propietarios versaba sobre la "solicitud para la apertura de una puerta exterior en el local 43", a la que asintió D. Rodrigo . Solicitud que no obtuvo el acuerdo unánime de los propietarios (10 votos a favor, 3 votos en contra y 1 abstención) -folios 51 a 63-.

El acuerdo se impugna al amparo del artículo 18.1.a) de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 , por lo que según el apartado 3 de dicho precepto la acción para su impugnación caduca al año, período de tiempo que ha transcurrido en exceso desde la celebración de la Junta hasta el día 7 de septiembre de 2007 en que se dedujo la acción por vía reconvenccional, por lo que huelga su examen, sin que, desde luego, pueda entrañar abuso de derecho la expresión libre de la voluntad de los propietarios aunque contrarie el deseo y los intereses del propietario solicitante de autorización para abrir una puerta en la fachada del local.

El punto 5º del Orden del Día de la Junta General Ordinaria de 30 noviembre de 2006 tenía el siguiente objeto:

"Dirigir acciones judiciales contra el propietario del local 43 por vulneración de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios como consecuencia de las obras incontestadas en elementos comunes de la Comunidad de Propietarios sin autorización y consistentes en la apertura de una puerta en la fachada del Centro Comercial, instalación de terraza de veladores en terraza de zona común e instalación de toldo en techo y laterales de la citada terraza. Asimismo, le instamos al desmantelamiento del arco de hierro de terraza interior en zona común y retirada de fútbolín. Le requerimos para que en el plazo máximo e improrrogable de 10 días a partir de la notificación de la presente convocatoria proceda a reponer las obras realizadas a su estado inicial. En caso contrario, se dirigirán las acciones judiciales."

Asimismo el punto 4º del mismo Orden del Día versaba sobre:

"Dirigir acciones judiciales contra el propietario del local 43 por vulneración de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios como consecuencia de las obras incontestadas en elementos comunes de la Comunidad de Propietarios sin autorización y consistentes en la apertura de una puerta en la fachada del Centro Comercial, instalación de terraza de valdore en terraza de zona común e instalación de toldo en techo y laterales de la citada terraza. Asimismo, le instamos al desmantelamiento del arco de hierro de terraza interior en zona común y retirada de fútbolín. Le requerimos para que en el plazo máximo e improrrogable de 10 días a partir de la notificación de la presente convocatoria proceda a reponer las obras realizadas a su estado inicial. En caso contrario, se dirigirán las acciones judiciales."

El resultado de la votación que se realizó con relación al punto 5º fue el siguiente:

Votos a favor de demandar ----- 16 representa el 28'199% de las cuotas

Votos en contra ----- 1 representa el 1'128%

Abstenciones ----- 7 representa el 42'223% de las cuotas

El total de cuotas de participación fue 71'55%

La impugnación se ha deducido en plazo y los apelantes la sustentan en los siguientes motivos:

a) Incumplimiento de la regla de la doble mayoría del artículo 17.3 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 , que dice: "En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes".

La reunión de la mayoría correspondiente a las cuotas depende de si para el cómputo se han o no de tomar en cuenta las correspondientes a los propietarios que se abstienen. Una posición mayoritaria, en la que nos incluimos, se inclina por la tesis de que el propietario que se abstiene no cuenta para nada, tanto a los efectos de unidad de voto como de contabilizar el coeficiente, pues si voluntariamente se aparta de la decisión luego no puede influir en el resultado a través de la formación de la mayoría de cuotas.

Los quórum respectivos hay que alcanzarlos con el resto de los propietarios que votan a favor o en contra. Su postura debe ser valorada como silencio que, en todo caso, se añadiría a la mayoría positiva. En definitiva, si los propietarios no tienen criterio o no quieren intervenir en un acuerdo determinado, deben quedar al margen de lo que decidan los votantes (a favor o en contra del acuerdo), pues si se les computase en la formación del quórum, pese a no desear tomar parte en la decisión, lo estarían haciendo de modo indirecto al condicionar la obtención de la mayoría de cuotas.

En el sentido de no tener en cuenta las abstenciones para el cómputo de los votos y de asistentes se han pronunciado las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 4ª) de 23 de enero de 2007 y Jaén (Sección 2ª) de 30 de enero de 2007 . En el

de computar como favorables al acuerdo las abstenciones las Audiencias Provinciales de Albacete (Sección 2ª) de 5 de enero de 2007 y Asturias (Sección 5ª) de 3 de mayo de 2007. Esta última postura, aunque obtiene un resultado semejante al del no computar las abstenciones, parte de un presupuesto incorrecto, cual es imputar una manifestación de voluntad en un sentido determinado a quien no ha querido exteriorizarla. Por lo dicho el acuerdo no resulta contrario al artículo 17.3, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 .

b) Trato discriminatorio con relación a los propietarios del local 35, a los que en el punto 4º del Orden del Día no se acordó demandar.

Es cierto y este Tribunal no ignora que el principio de igualdad prohíbe que, autorizada o consentida por la Comunidad de Propietarios una alteración determinada de un elemento común del inmueble, luego se impida o prohíba una conducta semejante a otro propietario con relación al mismo elemento común, cuando solo pretende llevar a cabo la misma actuación física y disfrutar del mismo estado jurídico creado por otro sin reparo y no existen criterios objetivos o razonables que lo impidan; pero tampoco lo es menos que la aplicación de esta doctrina requiere igualdad concurrente tanto respecto a la naturaleza y envergadura de la obra como de las condiciones (licencia, legalidad o ilegalidad de lo construido) en que tuvo lugar -Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989, 30 de octubre de 1990, 5 de marzo de 1998, 15 de febrero de 2006 y 18 de enero de 2007. Y de esta misma Sección de 9 de febrero de 1996 (Rollo 401/95), 4 de febrero de 2003 (Rollo 29/3003), 24 de julio de 2007 (Rollo 589/06) y 13 de mayo de 2008 (Rollo 497/2007).

En este caso, como se infiere del propio tenor del punto a debatir y naturaleza de las obras llevadas a cabo por lo propietarios de uno y otro local -ver fotografías obrantes a los folios 133 a 138, 183 a 189 y 261-, no puede sostenerse que se trate de obras iguales. Sin que en ningún caso pueda olvidarse que el ejercicio de la acción por parte del Presidente de la Comunidad de Propietarios no debe quedar supeditado al acuerdo de la Junta de Propietarios, pues ante la violación de normas de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 y estatutaria, goza de la precisa legitimación causal para proceder a ejercitar las acciones que competen a la Comunidad en defensa de los intereses generales, cuando, además, el acto perturbador se realiza en franca contradicción de un acuerdo precedente de la Junta de Propietarios.

c) No se tiene en cuenta el carácter imperativo de la Ley 28/2005 EDL 2005/206328 .

La disposición citada, de carácter netamente administrativo, no puede interferir ni violentar el régimen jurídico privado regulado por la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 . Las limitaciones que aquélla pueda imponer en la explotación por su titular del local comercial de su propiedad -interés particular-, no pueden afectar al régimen general que atañe a la configuración de un edificio, de sus elementos comunes y al régimen de uso y disfrute -intereses general o común-. Son ámbitos distintos, sin que las normas dictadas en uno puedan derogar tácitamente las que regulan otro distinto, máxime cuando no se demuestra que la evacuación de humos no pueda realizarse de otro modo, ni que el cierre de la puerta abierta al exterior, sin el consentimiento unánime de la Comunidad, haga inhábil el local para su explotación comercial.

Finalmente en relación a la desigualdad de trato con los propietarios de los locales 37 y 41 nos remitimos a lo antes dicho, por faltar la identidad de supuesto.

La omisión al abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo resulta totalmente improcedente, pues aquéllos no pueden predicarse cuando se acciona en el recto y legítimo ejercicio de un derecho que, precisamente, ha sido violado por quien invoca el abuso o mal uso del mismo.

Por último, el testimonio de la sentencia dictada el 3 de julio de 2003 en el procedimiento ordinario 66/2003, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Majadahonda y del auto de 6 de julio de 2005 demuestra que el desmantelamiento y retirada del arco de hierro colocado en la terraza interior no fue objeto de dicho juicio y, por tanto, quedó excluido de la ejecución de la referida sentencia -folios 199 a 202-.

QUINTO.- El Juzgador de Primera Instancia ha interpretado correctamente el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55 , a cuyo amparo acciona la Comunidad de Propietarios, pues tal precepto diferencia claramente las facultades dominicales del propietario con relación a los elementos del edificio, privativos y comunes, al señalar que el propietario de cada piso o local, en cuanto ostenta conforme al artículo 3 a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior, o perjudique los derechos de otro propietario; mientras que en el resto del inmueble (elementos comunes) no podrá realizar alteración alguna. Así pues, cabe distinguir entre obras permitidas a todo propietario, que son las realizadas sobre el piso o elemento privativo, siempre que sean en el interior del mismo y no afecten a la seguridad, a la estructura general, o a la configuración o estado exterior del edificio, ni perjudiquen a otro propietario; y aquéllas otras no permitidas a todo propietario, que aparte de las anteriores que no respeten las exigencias expuestas, son las que entrañan cualquier alteración de algún elemento común, ya lo sea por naturaleza o por destino.

No se cuestiona en el procedimiento que la fachada en la que los demandados han abierto una puerta sea un elemento común, además esencial y estructural, expresamente incluido en la enumeración que se realiza en el artículo 396 del Código Civil EDL 1889/1 , naturaleza legal de dicho elemento que requería el consentimiento unánime de los propietarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 en relación con el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal EDL 1960/55, que como ha quedado acreditado no lo obtuvo, por lo que, según lo expuesto, la estimación de la demanda y la desestimación de la reconvencción resultan totalmente ajustadas a derecho y deben ser mantenidas.

SEXTO.- Según se ordena en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 las costas procesales generadas por el recurso serán impuestas a los apelantes.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLO

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por D^a Esmeralda y D. Rodrigo contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2008 por la Ilma. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón en los autos de juicio ordinario núm. 347/07, seguidos a instancia de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial de DIRECCION000, la cual fue completada por auto de 24 de julio de 2008; resolución que se CONFIRMA íntegramente, imponiendo a los apelantes las costas procesales causadas por el recurso.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala núm. 857/08 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370132009100280