

En la Villa de Madrid, a dieciocho de mayo 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 núm. 1824/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén aquí representados por el procurador D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard contra la sentencia de 15 de junio de 2007 dictada en grado de apelación, rollo núm. 89/2007 por la Audiencia Provincial de Málaga Sección 5.<sup>a</sup>, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 980/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torremolinos.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torremolinos dictó sentencia el 11 de septiembre de 2006 en el juicio ordinario núm. 980/2005, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que estimo la demanda formulada por la procuradora D<sup>a</sup> Araceli Ceres Hidalgo, en nombre y representación de D. Salvador, Presidente de la Comunidad de Propietarios del Edificio T., frente a D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén y declaro que las obras realizadas por los demandados consistentes en aperturar ventanas, contravienen lo dispuesto en la Ley y los estatutos, por lo que procede su demolición, y se condena a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que se derribe a su costa las referidas construcciones, reponiendo la pared a su estado original con imposición de las costas procesales devengadas en este procedimiento.

Que desestimo la demanda reconventional formulada por el procurador D. Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén y declaro no haber lugar a los pedimentos formulados en la demanda con imposición a la actora de las costas devengadas en el procedimiento.”

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

Primero.- Se ejercita por el actor acción tendente a que se declare que las obras ejecutadas por los codemandados son contrarias a la ley y a los estatutos. Se alegan como hechos de la demanda que los codemandados son titulares cada uno con carácter privativo del 50% del pleno dominio del local comercial existente en los bajos del Edificio T., que pertenece a la Comunidad de Propietarios actuante. Los codemandados sin el consentimiento de la comunidad actora realizaron a principios del mes de junio de 2004, una serie de obras en el mencionado local consistentes en abrir ventanas de distintos tamaños en la pared del fondo, la cual es un elemento común del edificio. Se explicita que las ventanas se han abierto en la pared de cerramiento del local, que constituye el contorno exterior del edificio. Las obras se iniciaron sin el consentimiento de la comunidad. En la Junta de Propietarios de 26 de junio de 2004 se denegó implícitamente dicha autorización y se acordó el ejercicio de acciones para restablecer la legalidad. Los demandados han sido requeridos en numerosas ocasiones.

Los codemandados se oponen a la demanda alegando que a la vista de que no se convocaba junta, y de que el administrador no les daba una fecha aproximada y, teniendo compromiso con los constructores de la obra, decidieron notificar al presidente y al administrador que iban a iniciar las obras y que las ventanas construidas servirán de muestra para que la comunidad en la junta apruebe el resto de las ventanas que tenían proyectadas. Se alega que el local fue adquirido sobre plano el cual fue proyectado y ejecutado conforme se refleja en el proyecto de obra y en las escrituras de declaración de obra nueva. De la descripción literal del local tras la segregación y tal y como aparece en los planos del proyecto el local linda en la parte derecha con zona de uso peatonal, otorgándole según los planos grandes escaparates con vidrieras hasta el suelo pues el local por su fachada derecha era exterior, con fachada a la calle y por tanto con plena libertad para los propietarios de configuración y ornamentación y por tanto sin impedimento de abrir ventanas y huecos. De los planos de la fachada del edificio se aprecia la existencia de una línea vertical que delimita el edificio destinado a bloque de viviendas con respecto al resto de la edificación destinado a local comercial, lo que implica la total independencia de los locales con respecto al resto del edificio desde su proyección inicial. Se alega que el local tiene como lindero derecha entrando, zona de uso peatonal al objeto de que pudiera ser usado como terraza de bar o restaurante. Con fecha de 3 de marzo de 2001 se celebró junta de propietarios que acordaron cerrar las zonas de uso peatonal, impidiendo el paso a las calles S. y C. mediante muros con cancelas, así como cerrar la terraza de uso peatonal, lindero derecho del local núm. 2 para anexionarlo al jardín y zona comunitaria de la piscina. El 13 de noviembre de 2003 los demandados adquirieron el local y al plantearse la ejecución de las obras, a la vista de que la zona de terraza se había anexionado a la zona de jardín se intentó buscar una solución a la fachada que no afectara al edificio por lo que se optó por dotar al local de huecos sin vistas. Se alega que las dos ventanas que dan a la zona comunitaria son las permitidas por el artículo 581 del CC, y el artículo 2 de los estatutos comunitarios. Se alega que no afectan a la configuración exterior del inmueble ni causa perjuicio a la comunidad actora.

Segundo.- En primer lugar y para entrar a conocer del fondo del asunto será necesario entrar a deslindar la acción que se está ejercitando. El actor ejercita acción tendente a que se declare que las obras que están ejecutando los demandados son contrarios a la Ley y a los Estatutos, y se basa para ello en la Ley de Propiedad Horizontal. El artículo 7 de la LPH establece que el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél que no menoscaben o alteren la seguridad del edificio su estructura general su configuración o estado exterior o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo de dar cuenta de tales obras previamente a quien represente la comunidad, y el artículo 17 establece que se requiere la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la Comunidad.

De conformidad con los indicados preceptos cualquier modificación que afecte a la configuración exterior del edificio requiere la unanimidad de los propietarios manifestada en Junta. En el presente caso habrá de dilucidarse en primer lugar

si las obras ejecutadas suponen una modificación del aspecto exterior del inmueble y en segundo lugar si ha existido unanimidad. Respecto de este último requisito, es un hecho no controvertido que no se aprobó la ejecución de las obras en la Junta, reconociendo los demandados que dada la premura y los retrasos en la convocatoria de la Junta no podían esperar. La obra ha consistido en la apertura de dos ventanas de 60 por 60 abiertas en la fachada del fondo del local, las cuales son iguales, según manifiesta la actora, y a la misma altura, que las de los aseos de la piscina comunitaria situada a escasos metros, dotadas de rejas embutidas, con malla metálica y cristal opaco. Se han abierto ventanas, en tres de los cuatro paños que dan hacia la zona antes de uso peatonal a una altura superior de 1,92 con huecos de medidas de 2m. por 1,30, terminación en aluminio blanco, con persianas blancas como el resto del edificio y con reja embutida y pintada en azul a juego con las rejas de las cancelas instaladas en las zonas comunes.

Las obras por tanto han consistido en la apertura de huecos, como los denomina la parte demandada y ventanas, en la fachada exterior del edificio siendo indiferente para tal consideración que la fachada dé a otras zonas comunitarias o a la calle. Que la fachada es un elemento común no cabe duda y así la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de febrero de 2004 Secc. 5a manifiesta que “No cabe duda alguna de que, con la actual y anterior normativa, las fachadas de los edificios son elemento común a todos los copropietarios, tal como se desprende sin discusión posible de lo dispuesto en los arts. 396 del CC y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, en especial de la enumeración “ad exemplum”, que en el primero de ellos se hace. De acuerdo con lo prevenido en el art. 11 de la LPH la realización de obras que implique alteración de la estructura, fábrica del edificio o elementos comunes afectan al título constitutivo y exigen unanimidad de la Junta de Propietarios, conforme al art. 16 de esta Ley, tales modificaciones no pueden realizarse sin el acuerdo unánime de la referida Junta; por otra parte, claramente el art. 7 de la LPH dispone que “1. El propietario de cada piso o local 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 exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador”, añadiendo el art. 12 que “La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo”; por lo tanto, la alteración de los elementos pertenecientes a la fachada del edificio en los que la demandante ha realizado las modificaciones a cuya retirada se le ha condenado, requiere en principio el consentimiento unánime de la comunidad; consentimiento que en este supuesto no concurre”.

La apertura de huecos o ventanas es una alteración del estado exterior del inmueble por lo que requiere la unanimidad que en el presente caso no se ha sido recabada para ejecutar las obras.

Los codemandados, por un lado, alegan que hay que diferenciar las paredes en las que se han abierto los huecos, y alude al título constitutivo, dentro del cual incluye una serie de documentos que enumera del A hasta la H. Partiendo como premisa de que lo relevante a los efectos que ahora nos ocupa es que fuese cual fuese la configuración del edificio en plano, lo cierto es que el título constitutivo se refiere al edificio en su configuración ya construido, momento éste en el que se constituye la comunidad. Es por tanto necesario tener en cuenta que se ha de tener como base lo construido, y no la configuración en el plano inicial.

El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que “El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.

En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va efectuarse de los servicios o elementos comunes.

El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución.”

La contestación a la demandada refiere que los planos de alzada son título constitutivo, pero sin embargo esta afirmación no es válida por cuando no lo integran y a mayor abundamiento los mencionados planos no establecen nada sobre las obras ejecutadas por los demandados, por lo que no pueden ampararse en el mismo.

De otro lado los codemandados aluden al artículo 2 de los Estatutos de la Comunidad. El mencionado precepto establece que “los propietarios actuales o futuros de las fincas independientes en que se divide horizontalmente el edificio T., podrán por sí solos realizar en ellas cualesquiera modificaciones hipotecarias, es decir, dividirlos, segregarlos, agregarlos o agruparlos o subdividirlos en la forma que tengan por conveniente, distribuyendo o adicionando entre las nuevas fincas independientes así formadas, la cuota que le ha sido asignada a cada una y sin necesidad de consentimiento de la Junta

de Propietarios, de tal forma que los nuevos elementos así formados tengan salida propia a un elemento común o a la calle". De la redacción dada la demandada interpreta que permiten los estatutos la apertura de puertas a elementos comunes por lo que con más motivo debe de admitirse la apertura de ventanas sin consentimiento de la Junta de propietarios. El actor a la vista del mencionado precepto interpreta que la conjunción disyuntiva "o" implica que el elemento nuevo así formado tendrá salida a la calle o a un elemento común pero no a ambos. Así las cosas, el precepto mencionado se refiere a salida propia a un elemento común o a la calle, y éste no es el caso que nos ocupa. Se ha procedido a la apertura de huecos o ventanas, sin que pueda considerarse en modo alguno que el artículo mencionado ampara lo que la obra ejecutada por los codemandados no requiera de la unanimidad del resto de los propietarios. Se alude a diversos documentos que amparan las obras ejecutadas por la posible previsión de escaparates en la fachada, o en si dan a calle de uso público o no, pero lo cierto es que se ha ejecutado obras en la fachada del edificio, siendo indiferente que den a la calle o a elementos comunes, que las obras que se han ejecutado no están previstas en el título constitutivo, y que no se ha obtenido autorización de la Junta para la ejecución de las mismas.

En la prueba de interrogatorio la codemandada declara expresamente que se lo comunicó al Presidente de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la LPH el inicio de las obras y que no se esperó a la celebración de la Junta. Que cuando la fachada exterior se integró en la comunidad por acuerdo de la Junta se habló de conceder unas prerrogativas al local. El Presidente de la comunidad manifiesta que no se habló de dar prerrogativas al local y los entonces propietarios no se opusieron al cerramiento. Las declaraciones prestadas por los testigos y por el administrador de la Comunidad son coincidentes en relación con la naturaleza de la zona a la que daba la fachada por cuanto se trata de zona abierta al público pero privativa y es por eso por lo que el Ayuntamiento ha autorizado el cierre.

El perito Sr. N. depone que la licencia de primera ocupación se dio porque la obra se había ejecutado conforme a proyecto, y explicita que lo marcado en el plazo de alzada podría no responder a huecos o ventanas, y que se suele dejar un tabique de resilla cuando se va instalar un hueco.

Tercero.- El demandado alude a la existencia de un derecho de servidumbre de luces y vistas. De un lado se ampara en el artículo 581 del CC para justificar la apertura de las dos ventanas que dan a la zona comunitaria de piscina. Precepto inaplicable por cuanto no da a finca ajena, nos encontramos ante una comunidad de propietarios con un local que forma parte de la misma y se ha de regir por la normas de la LPH y por sus estatutos. Así mismo no concurre ninguna de las formas de adquisición de la servidumbre, no existiendo título alguno que ampare dicha reclamación.

Cuarto.- Se ha formulado demanda reconventional en la que se solicita que se declare que los huecos abiertos por los codemandados no constituyen servidumbre de luces y vistas, que los huecos abiertos por la fachada del local entrando a la derecha son legales, amparados en derecho y en el título

constitutivo del edificio conforme a los planos de la fachada del proyecto del bloque, sin alterar la configuración del edificio y que las ventanas abiertas en el local por la fachada del fondo son las consideradas de mera tolerancia y no causan perjuicio alguno a los comuneros.

Se alega que se tiene derecho a la apertura de más ventanas, fundando su pretensión en el proyecto de configuración del edificio, por cuanto estaba previsto el acabado de escaparates, y como el local dispone de un paño de su fachada lateral derecha aún sin edificar se insta la autorización para abrir otra ventana acorde con las ya existentes y con los mismos acabados. En la Junta de Propietario de 26 de junio de 2004 se pidió que se le autorizara para instalar muro traslúcido o pavés del mismo tipo que el instalado en la Comunidad en el portal, por los paños del local donde actualmente no hubiese huecos y puerta de acceso en base al artículo 2.

El demandado se opone a la demanda alegando que con relación a la declaración de que los huecos no constituyen servidumbre existe una contradicción entre la contestación a la demanda y la demanda reconventional, se opone a la posibilidad de abrir una puerta en base al artículo 2 por las razones ya mencionadas, así como a la apertura de huecos o ventanas.

La demandada contesta a la demanda alegando la existencia de servidumbre de luces y vistas y posteriormente insta que se declare que no constituyen servidumbre de luces y vistas. Del fundamento anterior a esta resolución ya resulta que las ventanas y huecos abiertos no son servidumbre de luces y vistas. Tampoco se puede hablar de huecos de mera tolerancia por no concurrir los requisitos establecidos en el CC. Es una comunidad de propietarios, con un local que forma parte de dicha comunidad y con una configuración que ha de respetarse.

Sin redundar sobre las cuestiones ya planteadas, y a la vista de la fundamentación jurídica anterior no procede conceder la autorización para la apertura de ventanas, por cuanto no está previsto en el título constitutivo como de contrario se pretende ver, y de conformidad con lo ya expuesto únicamente pueden ejecutarse las mismas con el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

Con relación a la autorización solicitada para la colocación de una puerta. El artículo 2 de los Estatutos de la Comunidad no puede ser interpretado en el sentido de que los nuevos elementos que resulten de una segregación tengan salida a un elemento común y a la calle sino que por el contrario se dice a la calle o a un elemento común. Es claro que cuando se redactó el precepto lo que se pretendía era que ninguna finca resultante de una segregación quedara enclavada entre otras sin salida.

Finalmente se solicita autorización para la instalación de un muro traslucido. Esto fue denegado en la Junta de Propietarios de 26 de junio de 2004, sin que el acuerdo adoptado en la Junta como el propio codemandado reconoce haya sido impugnado. Las partes debieron de hacer uso de la facultad de impugnar

los acuerdos que establece la LPH, dejando por tanto pasar los tres meses para la impugnación del acuerdo y por tanto haciendo devenir a este firme.

Quinto.- El artículo 394 del CC, dispone que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido completamente desestimadas. Por lo que en el presente caso procede imponer las costas a la parte demandada y actora de la reconvencción.”

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Málaga Sección 5.<sup>a</sup>, dictó sentencia el 15 de junio de 2007 en el rollo de apelación núm. 89/07 cuyo fallo dice:

“Fallamos: Se desestima el recurso de apelación formulado por el procurador D. Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de D. Rubén y D<sup>a</sup> Carmela, contra la sentencia dictada en fecha 11 de septiembre de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Torremolinos, en los autos civiles de juicio ordinario núm. 980/05, y en su consecuencia se confirma íntegramente la sentencia, imponiendo expresamente a los recurrentes las costas de esta alzada.”

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

“Primero.- Para un mejor análisis de la cuestión sometida a revisión de la Sala hay que partir de la premisa de que el presente procedimiento se inicia por demanda formulada por la Comunidad de Propietarios del Edificio T. contra D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén interesando se declarase que las obras realizadas por dichos demandados contravienen lo dispuesto en la ley, y los estatutos, por lo que procedía su demolición, y en su consecuencia, se condenase a los mismos a estar y pasar por dicha declaración y a que se derribase, a su exclusiva costa, las referidas construcciones; por su parte los demandados interesaron se desestimases dichas pretensiones, y a su vez, formularon demanda reconvenccional solicitando los siguientes pronunciamientos:

a) se declare que las ventanas abiertas por los demandados no constituyen servidumbre de luces y vistas de ningún tipo.

b) se declare que los huecos abiertos por la fachada del local entrando a la derecha son legales y amparados en derecho y en el título constitutivo del edificio conforme a los planos de fachada del proyecto del bloque, sin alterar la configuración del edificio al estar construidos en fachada exterior del local.

c) se declare el derecho de los propietarios a abrir otra ventana similar a las instaladas en la fachada derecha, en el último paño de este lateral.

d) se declare que las ventanas abiertas en el local por la fachada del fondo son las consideradas de mera tolerancia y no causan perjuicio alguno a los comuneros.

e) se declare que los propietarios del local podrán instalar en sus fachadas, muro de cerramiento de material traslúcido fijo para obtener luces sin limitación de medidas.

f) que se declare que conforme al artículo 2 de los estatutos comunitarios los demandados podrán abrir en su local puerta a zona común, en uso de su facultad de segregar o subdividir y sin necesidad de autorización comunitaria.

g) subsidiariamente, para el hipotético caso de que se estime la demanda y deban taparse alguna de las ventanas, que el cerramiento se pueda efectuar en material de cristal traslúcido fijo, tipo pavés.

La sentencia estimó íntegramente la demanda principal y desestimó la reconventional formulada de contrario.

Segundo.- Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de los de Torremolinos, se alzan los apelantes D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén alegando los siguientes motivos de impugnación, a saber: error en la valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia; falta de aplicación o vulneración de normativa legal; vulneración de la doctrina jurisprudencial; vulneración de los derechos fundamentales, tutela jurídica efectiva y derecho a la libertad de defensa; vulneración del principio de justicia rogada y falta de fundamentación de todas y cada unas de las cuestiones debatidas; abuso de derecho; y trato discriminatorio con respecto al resto de los locales y otras obras in consentidas.

Con respecto al primero de los motivos de impugnación se debe señalar que la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal "ad quem" examinar el objeto de "litis" con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el Juzgador "a quo" y que por tanto no está obligado a respetar los hechos probados pro éste, pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación.

Ahora bien, conviene recordar que constituye doctrina jurisprudencial reiterada que cuando la valoración de la prueba llevada a efecto por el Juzgador de instancia y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba concederse singular autoridad a la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Juzgador, a cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es el Juzgador, y no el de alzada, quien goza de la especial y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar su resultado, lo que justifica que deba respetarse -en principio-, el uso que haya hecho el Juez de su facultad de apreciar esas pruebas practicadas en juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, de suerte que únicamente su criterio valorativo debe rectificarse cuando por parte del recurrente se ponga de relieve un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el "íter" inductivo del Juzgador de instancia, o cuando se alcancen conclusiones arbitrarias o absurdas, siendo plenamente soberano para dar más crédito a unos testimonios frente a otros, lo que forma parte de la valoración judicial de la prueba.



Tercero.- Se denunciaba por la Comunidad de Propietarios demandante que los demandados habían realizado, sin el consentimiento unánime de la comunidad, una serie de obras en el local de su propiedad, obras consistentes en la apertura de tres grandes ventanales de 1.30 X 2.00 metros cada uno, con marcos de PVC en las ventanas, cristalerías, persianas, enrejados de hierro y repisas de piedra en su parte exterior, y otras dos ventanas de 60 X 60 cm., con igual acabado, interesando por tanto su demolición.

A ello se opusieron los demandados alegando, en síntesis, que tanto la fachada frontal del local núm. 2/A, de su propiedad, como la fachada derecha (entrando), estaban previstas según los planos del edificio con fachada de escaparate acristalada hasta el suelo, por ser lindero a paso peatonal de uso público y por ello, con plena libertad para los propietarios de obras de ornamentación y configuración en tales fachadas y sin impedimento alguno de abrir en las mismas huecos, puertas y ventanas con absoluta libertad, y amparados en el título constitutivo; en definitiva, que el artículo 2 de los estatutos comunitarios debidamente inscritos, permite a los propietarios de los locales dividirlos, segregarlos y hasta abrir puertas a zonas comunes, sin expreso consentimiento de la junta de propietarios, con más motivo aquellos podrán abrir ventanas que son menos perjudiciales que las puertas que le son autorizadas, puesto que una interpretación estricta nos llevaría al absurdo de tener que segregar en varios locales pequeños para obtener diversas puertas si no se autorizan las ventanas, ya que las puertas sí están permitidas.

Cuarto.- Un renovado examen de las actuaciones y el visionado del soporte audiovisual conducen a la Sala a estimar que el recurso en modo alguno puede tener favorable acogida.

Premisa fundamental para la resolución del litigio es lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal que establece textualmente:

“1. El propietario de cada piso o local 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 exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad”.

Cabe precisar que este precepto de Ley de Propiedad Horizontal permite al propietario de cada piso 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 exteriores, supuestos estos últimos que podrán ser autorizados por la Junta de Propietarios en acuerdo tomado por unanimidad, según se desprende del artículo 11 en relación con el 16 de la misma Ley citada. Sentada la inexistencia de esta autorización, la cuestión se ha de centrar en si aquellas obras alteran la configuración o estado exterior del inmueble de referencia.

Y a este respecto, no existe duda alguna de que la fachada de un edificio es un elemento común por naturaleza, tal y como recuerda reiterada jurisprudencia (sentencias de 10 de abril de 1995, 24 de enero de 1996, 14 de febrero de

1996 y 27 de junio de 1996, entre otras) por lo que cualquier obra o alteración que se realice en la misma debe ser aprobada por unanimidad de la Junta o estar expresamente autorizada por los Estatutos, pues así resulta de los artículos 7 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal. Establecen, por tanto, estos preceptos una norma general prohibitiva de realización de todo tipo de obras que alteren la fachada, incluso aunque afecten también a elementos privativos.

Quinto.- Y un examen de las actuaciones permite comprobar que existen pruebas suficientes para determinar que se ha producido una variación en la fachada o configuración externa de la propiedad de los demandados, suficientemente significativa para quedar encuadrada dentro de los supuestos del artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, obras que, a mayor abundamiento, han sido realizadas sin el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios a la que pertenecen; y sin que sean de recibo las manifestaciones de los ahora recurrentes en el sentido de que las mismas estaban amparadas en los planos que aportaron a las actuaciones, porque según manifestaron los peritos que depusieron en el plenario, los citados planos no reflejan la existencia de los escaparates, y estos huecos proyectados para los escaparates se dejaron por la constructora cerrados por un tabique de rasilla, fácilmente derribable, mientras que el cerramiento donde los demandados han abierto las ventanas es un muro completo de doble citara, como el resto de la fachada, resultando además que las ventanas abiertas están situadas a más altura de que esos supuestos huecos para escaparates.

Tampoco las obras realizadas cuentan con el apoyo de estar autorizadas por el artículo 2 de los Estatutos de la Comunidad, porque el uso de la disyuntiva (“...los nuevos elementos así formados tengan salida propia a un elemento común o a la calle”) impide que los nuevos espacios que resulten tengan salida, a un mismo tiempo a la calle y a un elemento común; y el local de los demandados ya tiene salida a la calle, y si se divide, seguirá teniendo salida a la calle, por lo que no necesita salida a ninguna zona común.

Sexto.- El extenso escrito de formalización del recurso de apelación, con recopilación de numerosas sentencias, insiste en los demás motivos de impugnación que se ha producido una falta de aplicación o vulneración de la normativa legal, porque la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la aplicación de los artículos 348, 394, 581 y 584 del C. Civil y el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, facilitando que se vulneren las normas de la buena fe y el abuso del derecho contemplado en el artículo 7.1 del C. Civil, porque se han visto vulnerados los derechos dominicales de los propietarios al limitarse por los vecinos de forma caprichosa y se les ha impedido usar de las cosas comunes conforme a su destino sin perjudicar a la comunidad, ni se han considerado las ventanas pequeñas como de mera tolerancia; se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial; se han vulnerado los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y derecho a la libertad de defensa; igualmente se ha quebrantado el principio de justicia rogada con falta de fundamentación de todas y cada una de las cuestiones debatidas y se ha dado un trato discriminatorio con respecto al resto de los locales y obras incontestadas.

Ninguno de estos motivos de impugnación puede prosperar. Respecto a la apreciación o no del abuso de derecho en el caso enjuiciado debe previamente indicarse como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de abril de 2005 que "...la doctrina del abuso de derecho, siguiendo las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, se halla recogida en el artículo 7.2 del Código Civil, según el cual "La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso (artículo 7-2 del C. Civil). Parte de lo establecido por el artículo 7-2 del CC, después de modificarse su título preliminar en 1974, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la fundamental sentencia de 14 de febrero de 1944, ha recogido y sistematizado la doctrina del abuso de derecho, declarando dicha sentencia que:

Incorre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto de del abuso de derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales:

- a) uso de un derecho, objetiva y externamente legal;
- b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica;
- c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)....".

Y el análisis de la sentencia y de la valoración de la actividad probatoria desarrollada pone de relieve a la Sala que se ha aplicado, sin vulnerar, el derecho positivo, porque los artículos del C. Civil invocados no son de aplicación al supuesto sometido a revisión del Tribunal, ni son de aplicación las normas relativas a las servidumbres, ni ha existido abuso de derecho, ni trato discriminatorio, ni por supuesto vulneración del derecho fundamental de defensa, ni falta de motivación de la resolución.

Los recurrentes a través de su recurso pretenden desvirtuar los argumentos esgrimidos por la Juzgadora de instancia, y desnaturalizar el objeto del pleito, que en síntesis, consistía, en determinar si las obras ejecutadas por los demandados en el local de su propiedad alteraban la configuración del edificio del que forman parte, y si requirieron para ello el consentimiento unánime de la misma, resultando de las pruebas obrantes en las actuaciones, que dichas obras sí produjeron esa alteración de la configuración exterior y no existió el consentimiento unánime necesario, motivo por el cual procedía la estimación de la demanda rectora del pleito, y en su consecuencia, la desestimación de la demanda reconvenzional, al existir una Junta de la Comunidad de Propietarios de fecha junio de 2004 denegatorio de esas obras, que es además firme, al no haber sido impugnado.

En consecuencia con lo expuesto pues, y dando por reproducidos los demás argumentos esgrimidos en la resolución impugnada, a los que nos remitimos a fin de evitar repeticiones innecesarias, procede la desestimación del recurso de apelación y la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

Séptimo.- Que al desestimarse el recurso de apelación, a tenor de lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de esta alzada se impondrán a la parte recurrente.”

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

Primero.- Se invoca la infracción de normas aplicables al supuesto para resolver las cuestiones objeto del proceso”.

El recurrente considera infringido el artículo 348 CC dado que la sentencia ha vulnerado el principio de libertad dominical que no puede limitarse por los vecinos de forma caprichosa impidiendo a los actores usar las cosas comunes con arreglo a su destino. También cita como infringido el artículo 581 CC, pues a su juicio, la sentencia debió apreciar que las ventanas pequeñas abiertas por el recurrente cumplen los requisitos de la servidumbre regulada en este artículo y su ejecución está amparada por los presupuestos contenidos en el artículo 541 CC. Igualmente cita como vulnerados los artículos 394, 396 CC y los artículos 7 y 5 LPH.

Segundo.- Se invoca doctrina jurisprudencial de Audiencias Provinciales”

Alega la parte recurrente:

1.- Existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, respecto a si es necesario un consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para proceder a la válida modificación de la fachada del edificio, mediante la apertura de huecos o ventanas en la pared, cuando quien la lleva a cabo resulta ser el propietario de un local comercial.

2.- La Audiencia Provincial, sección 4<sup>a</sup> de Málaga en la sentencia recurrida y en la dictada en fecha 12 de junio de 2006 defiende que es necesaria la unanimidad para abrir huecos en la fachada de los edificios en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de una alteración de un elemento común por naturaleza. Sin embargo las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6<sup>a</sup>, el 15 de diciembre de 2004 y el 30 de enero de 1999, valoran que cuando las alteraciones en la fachada de un edificio se llevan a cabo por los propietarios de un local comercial, tal unanimidad no es exigible, puesto que debe existir, en estos casos una mayor flexibilidad arquitectónica debido a las exigencias del negocio que se desarrollará en los locales comerciales.

SEXTO.- Por auto de 28 de abril de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- La parte recurrida no se personó ante esta Sala.

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

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

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. La comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, presentó demanda de juicio ordinario contra los propietarios de un local situado en los bajos del edificio que había realizado una serie de obras consistentes en la apertura de diferentes huecos en la fachada interior del edificio sin haber obtenido el consentimiento de la comunidad de propietarios. La actora solicitaba que se declarase la ilegalidad de las obras y que se condenara a los demandados a reponer la fachada a su estado original.

2. Los demandados alegaron que no era preciso el consentimiento de la comunidad de propietarios para abrir las ventanas e indicaron que, pese a que podrían haber abierto grandes escaparates, los huecos objeto de litigio eran pequeños, pues no necesitaban aperturas más grandes al no estar dando uso comercial al local, sino privado. En definitiva se opusieron a la demanda y a su vez formularon demanda reconventional, por la que solicitaron se declarara (i) que las ventanas abiertas no constituyen servidumbre de luces o vistas, sino que son legales, al haberse realizado conforme a la ley y al título constitutivo, (ii) el derecho de los demandados a abrir otra ventana similar, (iii) que las ventanas abiertas en el local por la fachada del fondo son las consideradas de mera tolerancia y no causan perjuicio, (iv) que los propietarios del local podrán instalar en sus fachadas muros de cerramiento de material traslucido fijo para obtener luces sin limitación de medidas, (v) que conforme al artículo 2 de los estatutos los demandados podrían abrir en su local puerta a zona común, en uso de su facultad de segregar o subdividir y sin necesidad de autorización, (vi) subsidiariamente que en el caso de que se debiera tapar alguna ventana, el cerramiento se pudiera efectuar en material e cristal traslúcido.

3. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la demanda reconvenzional.

4. Consideró, en esencia, que la fachada en la que se abrieron los huecos es un elemento común, por lo que su alteración exige el consentimiento unánime de los copropietarios. Señaló que los estatutos de la comunidad no autorizan la realización de obras como las ejecutadas, como defendía la demandada.

5. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por el demandado.

6. Confirmó los argumentos expuestos por el Juzgado de Primera Instancia, respecto a que la alteración realizada en la fachada del edificio, mediante la apertura de varios ventanales, necesita, para su válida realización, la autorización unánime de la comunidad de propietarios.

7. Los demandados formalizaron recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º LEC.

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

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

“Primero.- Se invoca la infracción de normas aplicables al supuesto para resolver las cuestiones objeto del proceso”.

El recurrente considera infringido el artículo 348 CC dado que la sentencia ha vulnerado el principio de libertad dominical que no puede limitarse por los vecinos de forma caprichosa impidiendo a los actores usar las cosas comunes con arreglo a su destino. También cita como infringido el artículo 581 CC, pues a su juicio, la sentencia debió apreciar que las ventanas pequeñas abiertas por el recurrente cumplen los requisitos de la servidumbre regulada en este artículo y su ejecución está amparada por los presupuestos contenidos en el artículo 541 CC. Igualmente cita como vulnerados los artículos 394, 396 CC y los artículos 7 y 5 LPH.

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

“Segundo.- Se invoca doctrina jurisprudencial de Audiencias Provinciales”

En esencia, el recurrente alega que existe una jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, respecto a si es necesario un consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para proceder a la válida modificación de la fachada del edificio, mediante la apertura de huecos o ventanas en la pared, cuando quien la lleva a cabo resulta ser el propietario de un local comercial. Señala que frente a la opinión defensora de la necesaria unanimidad que se

expone por la Audiencia Provincial, sección 4.<sup>a</sup> de Málaga en la sentencia recurrida y en la dictada en fecha 12 de junio de 2006, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.<sup>a</sup>, el 15 de diciembre de 2004 y el 30 de enero de 1999 valoran que cuando las alteraciones en la fachada de un edificio se llevan a cabo por los propietarios de un local comercial, tal unanimidad no es exigible, puesto que debe existir, en estos casos una mayor flexibilidad arquitectónica debido a las exigencias del negocio que se desarrollará en los locales comerciales.

Ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

A) Los argumentos que ofrece el recurrente a través del primer motivo de su recurso no pueden conducir a la estimación del recurso de casación. Junto con preceptos absolutamente genéricos, como es el caso del artículo 348 CC, definidor del derecho de propiedad, insiste en su derecho a abrir huecos y ventanas en su local al amparo de los artículos 581 y 541 del CC que, reguladores de las servidumbres, se refieren al derecho del dueño de un propietario de una pared no medianera y contigua a finca ajena a abrir huecos o ventanas y definen los signos aparentes de servidumbre, no tienen cabida para resolver el conflicto que ahora se plantea. No se está examinando los derechos de un copropietario frente a otro de una finca contigua, sino los derechos de un propietario que tiene su local en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, de modo que la apertura de huecos realizada por el recurrente, nada tiene que ver con un derecho de servidumbre, sino únicamente con el hecho de si, al afectar a elementos comunes, las obras realizadas precisaban o no el consentimiento de la comunidad de propietarios, tal y como expone a través del segundo motivo de su recurso.

B) La discrepancia entre Audiencias Provinciales respecto a la cuestión jurídica que se plantea a través del segundo motivo ha sido ya resuelta por esta Sala, y pese a que, como veremos, la solución que se ofrece es la expuesta por el recurrente, sin embargo, el recurso no puede ser estimado, al no resultar de aplicación al caso que es objeto de debate. De este modo se debe señalar que con carácter general el artículo 12 LPH en relación con la regla primera del artículo 17 LPH exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo (SSTS de 22 de octubre de 2008 (RC núm. 245/2003), de 15 de diciembre de 2008 (RC núm. 861/2004) y de 17 de febrero de 2010 (RC núm. 1958/2005)).

C) Esta doctrina general, ha sido matizada por la jurisprudencia de esta Sala, que ha declarado que debe interpretarse de modo flexible, cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal, las exigencias normativas en materia de mayorías. Es muy frecuente que en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquiriente adecue la fachada de acuerdo con las

necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada.

La STS de 11 de noviembre de 2009 (RC núm. 625/2005), así como la STS de 30 de septiembre de 2010 (RC núm. 1902/2006), declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial.

D) Esta doctrina no resulta de aplicación al caso que ahora se examina. El fundamento esencial que permite prescindir de la regla general de la unanimidad para la realización de obras en la fachada se sustenta en la actividad económica a desarrollar en los locales comerciales, que precisarán escaparates o colocación de rótulos o cualquier otra actuación similar sobre la fachada para dar a conocer su negocio y permitir el desarrollo de su actividad. Sin embargo en el presente caso, resulta que como insistentemente han puesto de manifiesto los mismos demandados, ahora recurrentes, desde el momento de contestar a la demanda "...(l)os actuales propietarios no dan uso comercial a ese local sino privado y por ello no necesitan grandes escaparates exteriores para exhibición al público peatonal de su negocio (...)". En definitiva, no concurre la razón que permite a los propietarios de los locales comerciales beneficiarse de una excepción a la norma de la unanimidad: la necesidad en el ejercicio de una actividad comercial. Por idéntico motivo, tampoco encontrarían amparo en esta doctrina las ventanas abiertas a las zonas comunes del edificio que no tienen como fin dar a conocer o desarrollar de modo adecuado la actividad en un local donde se estuviera llevando a cabo una actividad comercial.

CUARTO.- Costas.

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS



1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carmela y D. Rubén contra la Sentencia dictada el 15 de junio de 2007 por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación núm. 89/07 cuyo fallo dice:

“Fallamos: Se desestima el recurso de apelación formulado por el procurador D. Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de D. Rubén y D<sup>a</sup> Carmela, contra la sentencia dictada en fecha 11 de septiembre de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Torremolinos, en los autos civiles de juicio ordinario núm. 980/05, y en su consecuencia se confirma íntegramente la sentencia, imponiendo expresamente a los recurrentes las costas de esta alzada.”

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

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.