**SENTENCIA DE LA A.P DE VALENCIA NÚM. 194/2012 DE 4 DE ABRIL**

Sección: 8

Nº de Recurso: 38/2012

Nº de Resolución: 194/2012

Procedimiento: CIVIL

Ponente: MARIA CARMEN BRINES TARRASO

ROLLO Nº **38/2012**

***SENTENCIA Nº 000194/2012***

SECCION OCTAVA

===========================

Iltmos. Sres:

**Presidente**

D. EUGENIO SANCHEZ ALCARAZ

**Magistrados**

D. ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Dª. CARMEN BRINES TARRASÓ

===========================

En la ciudad de VALENCIA, a cuatro de abril de dos mil doce.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma Sra. Dª. CARMEN BRINES TARRASÓ, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gandía, con el nº 001247/2010, por Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 representado en esta alzada por el Procurador Dª. Estrella C. Vilas Loredo y dirigido por el Letrado D.Pedro Pascual Fayos Sentieri contra Dª Sonsoles y D. Edmundo representado en esta alzada por el Procurador D.Inmaculada Barber Aparisi y dirigido por el Letrado D.Salvador Tarrasó Pellicer, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª. Sonsoles y D. Edmundo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 1 de Gandía, en fecha 19 de octubre de 2011 , contiene el siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Frau Zocar, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 " de la PLAYA000 , contra D. Edmundo y Dª Sonsoles , se realizan los siguientes pronunciamientos:

1).Se declara que las obras metálicas, instalaciones, alteraciones y modificaciones en elementos comunes, consistentes en cuatro dobles ventanas y en una doble puerta, realizadas por los demandados, contravienen o infringen lo dispuesto en los artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal , y las normas comunitarias contempladas en el título constitutivo, por lo que procede su demolición y desmontaje, reintegrando los elementos comunes afectados a su ser y estado primitivos. Y en consecuencia se condena a los demandados D. Edmundo y Dª Sonsoles : 1) A estar y pasar por dicha declaración.2) A que derriben y desmonten las referidas obras metálicas, equipamientos e instalaciones inconsentidas, o sea, las cuatro dobles ventanas y la doble puerta, a su exclusiva costa, dejando los elementos comunes afectados en el mismo ser y estado en que se encontraban antes de llevar a cabo dichas obras e instalaciones, bajo apercibimiento de proceder a su realización a su cargo.Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

**SEGUNDO.**- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Sonsoles y Edmundo , que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 2 de abril de 2012.

**TERCERO** .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de la PLAYA000 ejercito acción con fundamento en las siguientes consideraciones expuestas en síntesis: los demandados sin solicitar permiso o autorización previa a la comunidad de propietarios accionante han ejecutado obras consistentes en instalaciones metálicas en la parte exterior del edificio que envuelven la vivienda litigiosa, interviniendo tanto en la fachada recayente al linde este del edificio, como en la fachada norte, constituyendo además todas ellas zonas comunes del inmueble. Por todo ello concluía interesando se dicte Sentencia por la que se declare que las obras metálicas, instalaciones, alteraciones y modificaciones en elementos comunes consistentes en cuatro dobles ventanas y en una doble puerta realizadas por el demandado y enumeradas en el hecho tercero de la demanda apartados A y B contravienen o infringen lo dispuesto en los artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal y las normas comunitarias contempladas en el titulo constitutivo por lo que procede su demolición y desmontaje reintegrando los elementos comunes afectados a su ser y estado

primitivos. Y en consecuencia se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que derriben, desmonten las referidas obras metálicas, equipamientos e instalaciones inconsentidas, esto es las cuatro dobles ventanas y la doble puerta a su costa dejando los elementos comunes afectados en el mismo ser y estado en que se encontraban antes de llevar a cabo dichas obras e instalaciones bajo apercibimiento de proceder a su realización a su cargo, y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento.

La parte demandada compareció y formuló oposición a la demanda en los términos que constan en su escrito y tras alegar los hechos y fundamentos que consideró convenientes a su derecho, concluía interesando se dicte Sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas en su contra.

Agotados los trámites pertinentes y practicadas las pruebas admitidas, por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandia se dicto en fecha 19 de octubre de 2011 Sentencia por la que estimaba íntegramente la demanda con expresa imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Contra la referida Sentencia se alza la representación de la parte demandada formulando recurso de Apelación que basa en los siguientes motivos de impugnación:

**1.-** La Sentencia impugnada argumenta que el hecho relevante para la estimación de la demanda viene constituido por la circunstancia de no haberse solicitado la autorización unánime de la Comunidad para la instalación de las ventanas litigiosas, sin embargo admite que no suponen un peligro o riesgo para los viandantes, ya que se han realizado correctamente y mejoran el confort y la habitabilidad de la vivienda de los demandados.

**2.-** Si bien es cierto que no se ha dispuesto de la autorización de la Comunidad la obra realizada tiene escasa incidencia no solo estructural sino incluso estética por lo que no existe perjuicio alguno para la Comunidad de Propietarios que merezca ser tutelado.

**3.-** No existe en la fachada de la Comunidad demandante armonía y uniformidad sino que las fotografías aportadas a las actuaciones revelan toda una seria de instalaciones que afectan al complejo y que de hecho han sido consentidas por la Comunidad actora ya que ninguna acción judicial se ha entablado contra los propietarios de las respectivas viviendas y bajos. La doctrina jurisprudencial no admite el trato discriminatorio entre los comuneros carente de justificación. Por ello debe evaluarse la ejecución de obras exteriores de pisos y locales de un concreto edificio en atención a la realidad de la coexistencia previa y admitida expresa o tácitamente de otras obras similares por cuanto el artículo 7 de la L.P.H . no tiene carácter absoluto.

Dichos motivos serán objeto de análisis seguidamente.

El **primero** de los invocados es claro que ha de verse abocado al fracaso, pues con carácter general ha de recordarse que como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2008 las facultades del propietario de un inmueble adquirido en régimen de propiedad horizontal, son limitadas, de forma que si bien usará de su piso o local según le convenga, carece de capacidad para alterar cualquier parte del resto, distinguiendo así entre la propiedad privada y los elementos comunes del edificio: para la primera, el titular tiene plena libertad de realizar modificaciones, pero no en los servicios generales de la Comunidad, pues sus derechos dominicales terminan allí donde su propia superficie se acaba, conforme establece el artículo 3 a) de la Ley de Propiedad Horizontal (en este sentido, SSTS de 17 de abril de 1998 ; 16 de mayo y 22 de octubre de 2008 ; y 6 de noviembre de 1995 , que cita, a su vez, entre otras las de 9 de mayo de 1983 , 3 de octubre de 1983 , 3 de abril , 26 de noviembre y 10 de diciembre de 1990 ). Así pues, todo condómino que pretenda la ejecución de una obra que afecte o altere en los términos establecidos por la Ley a elementos comunes de la edificación o a su configuración, ha de obtener el consentimiento previo y unánime de los restantes, en atención al interés legítimo, reconocido y protegido que a éstos asiste, consentimiento que como admite la propia recurrente, en el caso presente no se ha recabado, por lo que, como han señalado las SSTS. 6 de febrero de 2003 y 20 de febrero de 1997 , el ejercicio por parte de la Comunidad de Propietarios de la acción aquí promovida no supone un ejercicio abusivo de su derecho, por cuanto el mismo se ampara en un precepto que la legitima, para usar de tal facultad con validez y eficacia jurídica, añadiendo la STS 21 abril 1997 que "el ejercicio de una acción que la Ley atribuye explícitamente no implica abuso de derecho". El motivo perece.

Razones de sistemática aconsejan abordar el **tercero** de los anteriormente enumerados, respecto del cual viene a argumentar el apelante que con anterioridad a la instalación de la doble puerta y las dobles ventanas, la armonía y uniformidad en el edificio litigioso, eran ya inexistentes como acreditan las fotografías que se acompañan al escrito de contestación a la demanda, dándose la circunstancia, según pone de manifiesto, de que todos los elementos que en ellas aparecen han sido consentidos por la Comunidad ya que ninguna acción judicial se ha entablado contra los propietarios que han llevado a cabo su instalación, y que en algunos casos, como admitió el administrador de la Comunidad, si han sido incluso autorizadas. La resolución de esta cuestión, exige traer a colación primeramente la doctrina a la que alude la apelante, instaurada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1990 , "que obliga a atender a la realidad fáctica relativa la coexistencia previa y admitida (expresa o tácitamente) de otras obras, construcciones o cerramientos similares", habiéndose creado una corriente jurisprudencial que tiende a evitar "agravios comparativos", injustos resultados y aplicaciones automáticas de la ley, desconectadas de la letra y del espíritu de los artículos 3.1 del Código Civil y 7 del mismo texto legal , teniendo declarado la jurisprudencia en cuanto a la configuración o estado exterior que no tienen el carácter de un concepto absoluto, sino de contornos flexibles y variables en función de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo estarse a su importancia o trascendencia, así como a la situación o estado exterior de cada inmueble" (en el mismo sentido SSTS, de 31 de octubre de 1990 y 5 de marzo de 1998). En el mismo sentido , la reciente Sentencia del Alto Tribunal de 17 de noviembre de 2011 viene a poner de manifiesto como la jurisprudencia, no sin vaivenes muy apegados a la justicia de cada caso, viene manteniendo que una Comunidad de Propietarios no puede conducirse de una forma irracional, ilógica y discriminatoria al autorizar obras a un comunero y no a otro o al ejercitar acciones contra alguno y no contra todos los que estuvieran en idéntica situación, pues con base igualmente en el principio de igualdad entre los ciudadanos recogido en el art. 14 de la Constitución se ha de evitar una situación de discriminación arbitraria que los tribunales no pueden amparar, sin embargo, ha de puntualizarse, que esta doctrina, como pone de manifiesto la STS de 9 de enero de 2012 , que se remite a las de 15 de febrero de 2006 , 18 de enero y 11 de octubre de 2007 , solo resultara de aplicación cuando se constate que los elementos preexistentes en la comunidad cuya alteración ha sido consentida, son similares o parejos a los modificados por el copropietario a quien se exige su retirada, siendo este un requisito ineludible para poder apreciar que la conducta de la comunidad o de quienes actúan en su beneficio resulta discriminatoria. En el caso presente, de lo actuado aparece, (en especial del certificado emitido por el administrador de la finca litigiosa Sr. Teodulfo en fecha 11 de abril de 2011, las fotografías aportadas al escrito de contestación a la demanda y el informe pericial emitido por el Sr. Gabino ) que en el particular relativo a las otras alteraciones que presenta el edificio litigioso, los elementos modificados por otros copropietarios a los que alude la recurrente no completamente distintos al propio cerramiento llevado a cabo por los Sres. Sagrario en las puertas y ventanas de su domicilio, concretándose en los siguientes:

En las fotografías identificadas como 1 y 7 se aprecia la existencia en el ático de dos estructuras para toldos. Al respecto el administrador de la Comunidad señalo que se requirió en julio de 2007 a los respectivos propietarios para su retirada (doc. 9 c) aportado en el acto de la Audiencia Previa), reservándose la Comunidad el derecho a ejercitar las acciones pertinentes. Sts de 9 de enero de 2012 . Al respecto debe apuntarse, además, que el hecho de que la parte demandante no haya reaccionado con la misma celeridad para exigir la retirada de obras realizadas en elementos comunes sin el consentimiento unánime de los copropietarios, interponiendo la correspondiente demanda, no es base suficiente para mantener que la repetida comunidad de propietarios confiere legitimidad a las estructuras ejecutadas.

La fotografía 2 muestra una antena parabólica con un protector verde. Según aparece del informe emitido por Don. Gabino , dicha antena no se halla anclada a la fachada sino en la terraza de uso privativo de la vivienda en planta baja. Consta acreditado que en Junta general de 25 de junio de 1999 se prohibió la colocación de antenas parabólicas en la fachada; en este sentido, se requirió al propietario de la vivienda 19 en fecha 5 de julio de 2009 para que retirase la antena parabólica que tenia, lo que efectuó seguidamente.

Las fotografías 3, 4, 6 y 10, 13 y 14 evidencian la instalación de aparatos de aire acondicionado, que como se vera, fueron autorizados en Junta General Ordinaria de 21 de julio de 1999.

La fotografía 6 muestra un armario: su instalación fue asimismo admitida mediante Junta General Ordinaria de fecha 21 de julio de 1999.

En las fotografías 11, 12, 13 y 14 se aprecia la instalación de toldos, también autorizados mediante Junta General Ordinaria de 21 de julio de 1999;

En las fotografías 15 a 17 se aprecia la colocación de una reja en la puerta y ventanas de la planta baja, y también lo que parece una mosquitera en una de las ventanas del segundo piso. En cuanto a la reja, en Junta General de 14 de agosto de 2002 se aprobó por motivos de seguridad la petición del propietario de la puerta 6 de una actuación similar consistente en la instalación de una reja en la puerta de acceso a la misma.

A todo ello hay que añadir que la estructura metálica que existía en la vivienda primera de la planta baja fue demandada por la comunidad de propietarios según se hace constar, recayendo sentencia favorable en marzo de 2010, retirando dicha estructura su propietaria.

Ha resultado asimismo probado que las Comunidades de Propietarios EDIFICIO000 y NUM000

funcionan con plena autonomía desde que fueron constituidas según certifica el administrador de la comunidad, por tanto las alteraciones producidas en aquel edificio en nada afectan el resultado del presente pleito.

Que en Junta General Ordinaria de 16 de mayo de 1998 (doc. 5 A de la demanda) se autoriza por unanimidad la instalación de toldos.

Que en Junta General Ordinaria de 21 de julio de 1999 se autoriza por la Comunidad la instalación de armarios, así como la de aparatos de aire acondicionado, conforme a las directrices establecidas en cada caso.

En Junta General Ordinaria de 28 de agosto de 2006 se requiere a la propietaria de la planta baja numero 1 para que retire definitivamente la estructura metálica que sustenta el toldo que cubre la terraza de sus vivienda.

En Junta General Ordinaria de 20 de agosto de 2007 se acuerda requerir a los demandados para que desmonte y retire la instalación litigiosa.

En Junta General Ordinaria de 11 de agosto de 2009 se acuerda denegar el permiso solicitado por el propietario del apartamento 37 para cerrar su terraza y asimismo, presentar demanda contra Sonsoles y su esposo. En la referida Junta se acuerda además requerir al propietario del apartamento 43 para que retire un recipiente ubicado sobre la cubierta de tejas donde se recoge el agua del aire acondicionado.

Por ultimo, no existe constancia en las actuaciones de que ninguna de dichas juntas haya resultado impugnada.

Cuanto se ha expuesto confirma que ningún agravio comparativo se produce en demérito de los recurrentes, por cuanto como anteriormente se ha argumentado, no se ha consentido a ningún copropietario con anterioridad la instalación de dobles puertas o ventanas, sin emprender acciones judiciales contra el mismo, tratándose de alteraciones completamente distintas, por lo que no resulta aplicable al caso la doctrina anteriormente citada. El motivo perece.

Mejor suerte ha de correr el **segundo** de los motivos de impugnación invocados, por cuanto, finalmente, valorado en su conjunto el resultado de la prueba practicada, conforme a los criterios que a tal efecto establece el articulo 217 de la L.E.C . así como la doctrina jurisprudencial aplicable al caso enjuiciado, comparte la Sala la tesis del recurrente en lo relativo a escaso impacto no solo estructural sino incluso estético que la instalación de las dobles ventanas y la puerta, produce en la fachada del edificio litigioso, no causando, como ha resultado asimismo probado, perjuicio alguno para la Comunidad de Propietarios que merezca ser tutelado.

Y es que ha de señalarse que el propio Tribunal Supremo ha manifestado entre otras en Sentencia de STS de 5 de mayo de 1989 que las obras menores, de escasa importancia, como la que nos ocupa, carecen de entidad suficiente para que con ellas pueda considerarse alterada la configuración o estructura de los elementos comunes del inmueble, añadiendo la del Alto Tribunal de 5 de marzo de 1998 que a su vez remite a la de 24 de julio de 1.992, que la Ley autoriza al propietario a la realización de obras, que no alteren ni la seguridad, ni la estructura general, ni su configuración o estado exteriores, y si además las obras son de carácter inocuo respecto a los elementos comunes materiales y elementos comunes estéticos, basta para su realización dar cuenta al Presidente de la Comunidad. En este sentido, se han pronunciado asimismo las Audiencias Provinciales en supuestos similares al que nos ocupa manifestando que la colocación de dobles ventanas, de ninguna manera supone una alteración de la configuración exterior de la fachada, y ni tan siquiera de la estética de la misma, al no haberse modificado su disposición y dimensiones, tanto en sentido vertical como horizontal, por lo que no puede exigirse en relación a ellas la previa autorización unánime de la Junta de Copropietarios, ya que en realidad, constituyen obras menores, de escasa importancia, que carecen de entidad suficiente para que con ellas puedan estimarse alterados la estructura o los elementos comunes del inmueble. A título de ejemplo pueden citarse en este sentido las S.S.A.P. de Guipúzcoa 22 de enero de 2003 y Salamanca de 14 de septiembre de 1998 . Tal afirmación se confirma en el caso presente, con la simple observación de las fotografías obrantes en las actuaciones, que ponen de manifiesto sin género de duda, que la incidencia de la obra realizada en la configuración de la fachada es mínima, no alterándose tampoco su estética, a lo que hay que añadir, que según ha resultado probado, ninguna peligrosidad encierran para los habitantes de la comunidad las dobles ventanas y la puerta instaladas, si bien, frente a ello, es claro que repercuten positivamente en la calidad de vida de los propietarios del inmueble en cuestión, por lo que de todo ello no cabra sino concluir, en la procedencia de desestimar la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios apelada, con estimación del recurso de Apelación formulado y resolviéndose conforme se dirá en el fallo de la presente Sentencia.

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

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

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación

**FALLO**

Estimamos el recurso de Apelación formulado por la representación de D. Edmundo y D. Sonsoles contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia numero 1 de Gandia en fecha 19 de octubre de 2010 en Autos de Juicio Ordinario numero 1247/2010 la que revocamos y en su lugar desestimamos la demanda formulada por la representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de la playa de Daimuz y absolvemos a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello con expresa imposición a la parte demandante de las costas ocasionadas en la Primera Instancia y sin hacer expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Contra la presente no cabe recurso alguno sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a interponer dentro de los veinte días siguientes a su notificación. Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).