

Id Cendoj: 28079110012009100752
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 625/2005
Nº de Resolución: 709/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROPIEDAD HORIZONTAL x
- x ELEMENTOS PRIVATIVOS x
- x ELEMENTOS ARQUITECTÓNICOS INTERIORES x
- x FACHADAS (PROPIEDAD HORIZONTAL) x
- x TERRAZAS x
- x LOCAL x
- x VENTANAS x

Resumen:

Propiedad Horizontal. Elementos comunes y privativos. Apertura de ventanales en locales de la planta baja. Obras realizadas en apartamentos y terrazas de condición privativa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación, interpuesto por la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000**" (también conocida con el nombre de complejo residencial "**DIRECCION001**"), representada por la Procuradora doña Begoña del Arco Herrero, contra la sentencia dictada, en fecha 9 de febrero de 2004, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona -rollo de apelación nº 679/2002- dimanante de los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 233/2001 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova y la Geltrú.

Ha sido parte recurrida "**VORAMAR DEL VINYENT SITGES, S.A.**" , representada por el Procurador don Luis Fernando Granados Bravo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña Teresa Mansilla Robert, en nombre y representación de la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000**" , de Sitges, promovió demanda de juicio ordinario, turnada al Juzgado de Primera instancia número 1 de Vilanova y la Geltrú, contra "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: 1) Se declare que "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" ha invadido y convertido en elemento privativo, sin la autorización de la comunidad de propietarios, una superficie de 220 m2 para incorporarla al Auditorium propiedad de la demandada, y se la condene a derruir dicha obra incontestada. 2) Se declare que "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" ha invadido y convertido en elemento privativo, sin la autorización de la comunidad de propietarios, una superficie de 25 m2 para incorporarla al gimnasio propiedad de la demandada, y se la condene a derruir dicha obra incontestada. 3) Se declare que "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" ha invadido y convertido en elemento privativo el pasillo y la salida de emergencia del sótano a la Avinguda Sofía para incorporarlos al gimnasio propiedad de la demandada, y se la condene a derruir dicha obra incontestada. 4) Para el caso de que no se admitieran las peticiones de derruir las obras incontestadas referidas a los pedimentos anteriores, se declare la modificación de los coeficientes de participación en gastos generales y

en gastos particulares del sótano de las entidades Auditórium, locales A a E del sótano de la Fase II y garaje de las Fases I y II, según los coeficientes administrativos aprobados en la junta de propietarios de 23 de septiembre de 2000, o en la forma que el Juzgado considere más adecuada. 5) Se declare ilegal la obra realizada en el porche del Bloque C consistente en la instalación de una rejilla de ventilación en el suelo y un armario con elementos de ventilación y se obligue a la demandada a retirarlas y devolver las cosas a su estado original. 6) Se declare ilegal la apertura de ventanales en la fachada al jardín del salón del Aparthotel del Bloque D, junto al Passeig Marítim, y se condene a la demandada a restituirla a su estado original, esto es, a tapiarla y pintarla. 7) Se condene a la actora (debe entenderse la demandada) a revestir la instalación de la chimenea de salida de humos del restaurante por el patio situado entre los bloques C y D para evitar ruidos y salida de calor y a reparar la claraboya que atraviesa. 8) Se condene a la demandada a cesar en la utilización del patinejo para dar salida de humos al bar de su propiedad sito en la esquina del Passeig Marítim. 9) Se condene a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" a la retirada de los conductos de aire acondicionado y calefacción del sótano de la Fase II, a los cuales no da actualmente ningún uso, y a cesar en la reutilización de algunos de dichos conductos para la ventilación de la cocina, almacén y servicios del hotel. 10) Se condene a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" a la retirada del armario del porche del Bloque C, junto al Bloque D, y a tapar la rejilla de ventilación aneja a dicho armario a nivel del suelo. 11) Se condene a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" a que retire del "**COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000**" , de SITGES, el letrero comercial de "Masajes a Mil", perteneciente al local de su propiedad, el cual se encuentra a pie de suelo y fuera de la fachada del mencionado establecimiento. 12) Se condene a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" a que cese en las obras que está llevando a cabo en la fachada del Bloque D (Aparthotel) como consecuencia de las obras de división interna de los apartamentos y a que restaure a su estado original aquellas terrazas y ventanas de la fachada que pudiera haber modificado. 13) Se impongan las costas de este procedimiento a la parte demandada".

2º.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el término legal compareciera en las actuaciones y la contestara, lo que hizo mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2001, en el cual, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, solicitaba que se dictara sentencia desestimando los pedimentos 1 a 3 y 5 a 13, inclusive, de la demanda, y formulando reconvencción en cuanto pedimento nº 4, solicitando que se declare en la sentencia la procedencia de otorgar escritura pública en que se regule la petición correlativa, ante la que la demandada se allana, y aún interesa reconvenccionalmente que se dicte, por si fuera retirada, interesando la citada escritura pública, a la vez que modificar los coeficientes de, Auditórium y aparcamiento, efectúe las correspondientes modificaciones en sus descripciones, y en especial en la determinación de sus superficies. Y todo ello con imposición de costas a la parte actora.

3º.- Dado traslado a la parte actora de la reconvencción, la misma contestó mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2001, alegando su improcedencia y solicitando que se desestimara o, subsidiariamente, que se condene a la demandada "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" a pagar todos los gastos e impuestos derivados de la preparación y otorgamiento de la citada escritura y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, con expresa imposición de costas a la contraria en ambos casos.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova y la Geltrú dictó sentencia, en fecha 9 de febrero de 2004 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Mansilla Robert, en representación de la Comunidad de Propietarios del complejo residencial "**DIRECCION000**" , de Sitges, debo declarar y declaro haber lugar a la modificación de los coeficientes de participación en gastos generales y en gastos particulares del sótano en las entidades Auditórium, locales A a E del sótano de la Fase II y garaje de las Fases I y II, según los coeficientes administrativos aprobados en la junta de propietarios de 23 de septiembre de 2000. Asimismo condeno a la mercantil "**VORAMAR DEL VINYENT SITGES, S.A.**" a que: Restituya a su espacio original la fachada al jardín del salón del aparthotel del bloque D, junto al Passeig Marítim, por ser ilegal y la apertura de ventanales, debiendo la demandada tapiarlos y repintar dicha fachada. Retire del complejo residencial "**DIRECCION000**" , de Sitges, el letrero comercial de "Masajes a Mil", perteneciente al local de su propiedad, el cual se encuentra a pie de suelo y fuera de la fachada del mencionado establecimiento. Cese en las obras que está llevando a cabo en la fachada del Bloque D (aparthotel) como consecuencia de las obras de división interna de los apartamentos y a que restaure a su estado original aquellas terrazas y ventanas de la fachada que pudiera haber modificado. Y, absuelvo a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" del resto de los pedimentos deducidos en su contra. Y desestimando la reconvencción formulada por "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" contra Comunidad de Propietarios del complejo residencial "**DIRECCION000**" , de sitges, absuelvo a esta de todos los pedimentos deducidos en su contra. Todo ello con expresa imposición a "**VORAMAR DEL VINYENT SITGES, S.A.**" de todas las costas procesales derivadas de su reconvencción, y sin que haya lugar a la expresa imposición de costas respecto de la demanda principal, dada su parcial estimación".

5º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, en fecha 9 de febrero de 2004 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "El Tribunal acuerda: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte actora, confirmando íntegramente el fallo de la sentencia en cuanto al pedimento 4) del suplico de la demanda, con expresa imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia. Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada y en consecuencia se revocan los pronunciamientos de condena letras A) y C) de la sentencia recurrida, absolviendo a "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" de esos pedimentos, confirmando en todo lo demás la sentencia recurrida, y sin hacer mención en cuanto a las costas devengadas durante la segunda instancia".

SEGUNDO.- 1º.- Por la representación procesal de la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000**" , con fecha 10 de marzo de 2005, se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada, en fecha 9 de febrero de 2004, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona -rollo de apelación nº 679/2002- dimanante de los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 233/2001 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova y la Geltrú.

2º.- **Motivos del recurso de casación** . Al amparo del artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : 1º) Por infracción de los artículos 7 y 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , según la redacción conferida por la Ley 8/1999, de 6 de abril , así como por vulneración de la jurisprudencia contenida en las SSAP de Madrid de 29 de marzo de 2004, Valencia de 25 de abril de 2003 y 18 de junio de 2002; 2º) por infracción de la doctrina jurisprudencial, que se cita en el motivo, que interpreta los artículos 3, 5, 7, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal y, 396 y 397 del Código Civil, respecto del pronunciamiento relativo a la transformación de las ventanas de la fachada del bloque D en puertas de acceso a las terrazas y de la colocación de nuevas barandillas divisorias en éstas, con infracción de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 23 de diciembre de 1982, 14 de julio de 1992 y 24 de febrero de 1996; 3º) por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se reseña en el escrito, que interpreta los artículos 3, 5, 7 y 12 (antes 11), 17 y D.T. 1ª de la LPH y 396 y 397 del Código Civil, con respecto del pronunciamiento relativo a la apertura de ventanales en la fachada del salón del aparthotel del bloque "D", con cita de las SSTS de 8 de octubre de 1993, 7 de julio de 1997 y 24 de febrero de 1996; 4º) por violación de los artículos 7 y 9.1 de la LPH , según redacción conferida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, en cuanto a los pedimentos 5, 8, 9 y 10 contenidos en el suplico del escrito de demanda, y, terminó suplicando a la Sala: " (...) Dicte sentencia, por la que, estimando el recurso de casación interpuesto, se case la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 9 de febrero de 2004 , y se confirmen los pronunciamientos A) y C) de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en 2 de abril de 2002 y se estime la demanda en cuanto a los pedimentos 5 y 8 a 10 del suplico de la misma, con imposición de costas a la recurrida".

3º.- Por providencia de fecha 10 de marzo de 2005, se acordó la remisión de los autos originales a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, habiéndose notificado la misma a las partes litigantes con fechas 15 y 18 de marzo de 2005.

4º.- La Procuradora doña Begoña del Arco Herrero, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del complejo residencial "**DIRECCION000**" , presentó escrito ante esta Sala con fecha 17 de marzo de 2005 , personándose en calidad de recurrente. El Procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de "**VORAMAR DEL VINYENT SITGES, S.A.**" , presentó escrito ante esta Sala con fecha 12 de abril de 2005 , personándose en calidad de parte recurrida".

5º.- La Sala dictó auto, de fecha 8 de abril de 2008 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del complejo residencial "**DIRECCION000**" , contra la sentencia dictada, en fecha 9 de febrero de 2004, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 679/2002, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 233/2001, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilanova y la Geltrú. 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, el Procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de "**VORAMAR DEL VINYET DE SITGES, S.A.**" , mediante escrito de fecha 31 de julio de 2008, formalizó oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala: " (...) Que desestimando íntegramente dicho recurso, mantenga en todos sus extremos la referida sentencia, con imposición de costas a la parte recurrente".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 15 de octubre de 2009 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Roman** Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000 " demandó por los trámites del juicio ordinario a la entidad mercantil "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" mediante el ejercicio de acciones amparadas en la Ley de Propiedad Horizontal; la demandante ha alegado que la demandada es propietaria de más de una cuarta parte de las fincas que integran el " *Complejo DIRECCION000* " de Sitges, así como su promotora inmobiliaria, que consta de dos fases construidas, identificadas como Fase I y Fase II; también, ha manifestado que, en la Junta de Propietarios de 5 de septiembre de 1998, se acordó la repavimentación del garaje de ambas fases y, al medir su superficie, se advirtió que la del aparcamiento de la Fase II era inferior a la escriturada, como consecuencia de la apropiación por la demandada del área de las salidas de emergencia y de doce plazas de aparcamiento, lo que determinaba la participación de la litigante pasiva en los gastos particulares de la planta sótano en una cuantía inferior a la que le correspondía por reflejar el Registro de la Propiedad la superficie real del Auditorium , propiedad de "**VORAMAR DEL VINYET SITGES, S.A.**" , incrementada en virtud de aquellas apropiaciones del suelo; asimismo, ha aducido que la demandada ha llevado a cabo determinadas actividades comerciales, que provocan continuas molestias a los vecinos, consistentes en ruidos o emisiones de ruidos, con la realización de obras que afectan a los elementos comunes del inmueble y que no han sido autorizadas por la Junta de Propietarios, tal y como exige la Ley de Propiedad Horizontal.

La demandada se opuso a la demanda y, además, formuló reconvencción, donde argumentó que no se ha apropiado de ninguna superficie y que la discordancia entre la superficie real del aparcamiento y la escriturada se debe a un mero error material, y suplicó que se declare en la sentencia la procedencia de otorgar escritura pública en la que se regule la petición correlativa, ante la que la demandada se allana, e interesa que la citada escritura pública, a la vez que modifica los coeficientes del Auditorium y aparcamiento, efectúe lo correspondiente en sus descripciones, y, en especial, en la determinación de sus superficies; igualmente, ha señalado que no se opone a la eliminación de ruidos o humos si los hubiere, pero sí a la pretensión actora de que se le condene a restaurar los trabajos e instalaciones realizados en la división de los apartamentos que posee, por entender que éste es un derecho previsto en las normas especiales que rigen la Comunidad según su Título Constitutivo.

El Juzgado acogió en parte la demanda, y declaró haber lugar a la modificación de los coeficientes de participación en gastos generales y en gastos particulares del sótano, Auditorium, locales A al E del sótano de la Fase II y garaje de las Fases I y II, según los coeficientes administrativos aprobados en la Junta de Propietarios de 23 de septiembre de 2000; además, condenó a la demandada a que: a) *restituya* a su estado original la fachada al jardín del salón del Apartahotel del Bloque D, junto al "*Passeig Marítim*" , por ser ilegal la apertura de ventanales, que la litigante pasiva debe tapiarlos y repintar dicha fachada; b) *retire* del "**COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000** " el letrero comercial "*Masajes a Mil*" , perteneciente al local de su propiedad, el cual se encuentra a pie del suelo y fuera de la fachada del mencionado establecimiento; c) *cese* en las obras que está llevando a cabo en la fachada del Bloque D (Aparhotel) como consecuencia de las obras de división interna de los apartamentos y *restaure* a su estado original aquellas terrazas y ventanas de la fachada que pudiera haber modificado; por último, absolvió a la demandada del resto de los pedimentos de la demanda, y rechazó la reconvencción.

La sentencia de primera instancia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que desestimó el recurso de apelación de la parte actora, y confirmó la de primera instancia; por otra parte, acogió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y modificó la del Juzgado en cuanto a la condena de las letras a) y c) de la sentencia recurrida, con la absolución a la litigante pasiva de tales pedimentos, para ratificar en todo lo demás la resolución de primera instancia.

La demandante he interpuesto recurso de casación, con cobertura en el *artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y ha alegado la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años y por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y esta Sala, mediante auto de 8 de abril de 2008 , lo ha admitido.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo de este recurso - *uno* , acusa la infracción de los *artículos 7 y 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal* según redacción conferida por la *Ley 8/1999, de 6 de*

abril , y alega que, respecto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, los cuales, con revocación de los de primera instancia, han considerado lícitas las obras de transformación de las ventanas de la fachada del Bloque D en puertas de acceso a las terrazas, de la colocación de nuevas barandillas divisorias en éstas, así como la apertura de ventanales en la fachada del salón del aparthotel del Bloque D destinado a restaurante abierto al público, debe casarse la resolución recurrida mediante la condena a la demandada a restituir a su estado original la fachada al jardín del salón del aparthotel del Bloque D, por ser ilegal la apertura de ventanales, que han de ser tapiadas por la demandada y repintar dicha fachada, a cesar en las obras que está efectuando en el Bloque D y a que restaure a su estado original las terrazas y ventanas de la fachada que pudiera haber modificado, y cita como vulnerada la jurisprudencia contenida en las SSAP de Madrid de 29 de marzo de 2004, Valencia de 25 de abril de 2003 y 18 de junio de 2002 ; y otro , denuncia la transgresión de la doctrina jurisprudencial que interpreta los artículos 3, 5, 7, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, 396 y 397 del Código Civil, con relación de las ventanas de la fachada del Bloque D en puertas de acceso a las terrazas y a la colocación de nuevas barandillas divisorias en las mismas, y cita las SSTS de 23 de diciembre de 1982, 14 de julio de 1992, 24 de febrero de 1996 , donde se afirma que las fachadas y terrazas de un edificio son elementos comunes, que requieren para su modificación el consentimiento unánime de todos los propietarios- se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento.

Ambos motivos se desestiman.

Procede indicar que el interés casacional, por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, no ha quedado acreditado, en tanto que el mismo se refiere a *preceptos existentes bajo la vigencia de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960* , y si bien en algunos aspectos fueron modificadas, lo han sido en cuestiones procesales, las cuales no afectan al objeto del litigio, pues, sobre tales reglas legales, existe doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, como demuestra el propio contenido del recurso de casación formulado; no obstante, y respecto a que con las mismas infracciones, también se aduce la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia en relación con varias sentencias de esta Sala, lo que se evidenció en la fase de preparación, al citarse en relación con cada una de los posiciones alegadas como infringidas dos o más sentencias con un criterio jurídico coincidente, se pasa a conocer de los tres primeros motivos del recurso de casación.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho noveno, contiene la siguiente argumentación:

"En cuanto al apartado A) es cierto que la sentencia incurre en un error al hablar de los ventanales del salón del Aparthotel son en realidad los del local comercial, pues así se desprende del Hecho Octavo, letra c) de la demanda. Si bien esta cuestión es - en este momento- intrascendente pues la demandada sabe exactamente a qué ventanales se está refiriendo la actora y pese al error observado en la sentencia no pidió la aclaración de la misma.

La cuestión objeto de debate es si realmente la apertura de esos ventanales (o de cualesquiera otros) altera la fachada del edificio.

De la Escritura de Declaración de Obra Nueva y División (documento número siete) resulta la descripción del Bloque D) en los siguientes términos:

<<(…) Consta de planta baja de superficie construida de 1.360,27 m2, conteniendo el vestíbulo general del bloque y dos locales comerciales susceptibles de subdivisión, destinados a zonas de restauración y demás usos comerciales; plantas pisos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, de superficie construida (...) con doce apartamentos por planta, teniendo además la planta piso primero una terraza; y planta cubierta, de superficie (...) en la que se ubican la caja de escalera general y el cuarto de maquinaria de ascensores, siendo el resto de terraza o cubierta (...)>>.

En este punto, no podemos, sin embargo, confirmar la sentencia.

De la descripción obrante en el Título Constitutivo se desprende que, desde su origen esos locales estaban destinados a <<zonas de restauración y demás usos comerciales>>, así como -Norma 10- <<el derecho a abrir nuevos accesos, para que sirvan al Auditorium o al sótano general o a los locales (...) accesos que podrán practicarse por cualquiera de los lindes de dichas entidades (...) sea directamente a través de zonas comunes del total complejo o de alguno de sus Bloques>>.

Es, por tanto, evidente, que la voluntad de la promotora ha sido siempre, desde el principio, que el destino de esos locales fuera <<zonas de restauración y demás usos comerciales>>; los locales han permanecido cerrados hasta fecha reciente (así lo reconoce la actora es su escrito de oposición a la apelación <<los locales estuvieron cerrados durante años>>), por lo que estaban tapiados con un ligero

muro de ladrillo y cemento que, lógicamente, pintaron de acuerdo con el resto de la finca, Sin embargo, el hecho de que ahora -una vez destinado a cafetería-restaurante- se proceda a la apertura de ventanales, no puede considerarse como una alteración de la configuración y estado de la fachada, y ello no sólo porque la apertura de accesos desde cualquiera de los lindes estaba previsto desde que se constituyó la Declaración de Obra Nueva y División, sino también porque la obra realizada (apertura de ventanales) no encaja en la conducta descrita en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que no altera la seguridad del edificio, ni a su estructura general, ni perjudica los derechos de los demás vecinos".

Y en su fundamento de derecho décimo, la sentencia de la Audiencia integra los razonamientos siguientes:

"Por último, en cuanto a la condena consistente en: <<cese en las que está llevando a cabo en la fachada del Bloque D (Aparthotel) como consecuencia de las obras de división interna de los apartamentos y a que restaure a su estado original aquellas terrazas y ventanas que pudiera haber modificado>>.

El <<quid>> de esta cuestión es, no la legitimación de la promotora para subdividir los citados departamentos, que no se discute; sino si tales obras constituyen una modificación de la fachada -como pretende la actora- o no.

Del escrito de la demanda (folio 15, letra b) resulta que: (...) <<la hoy demandada ha decidido dividir los apartamentos del Bloque D (destinado aparthotel en dos) (...) el aspecto exterior de cada uno de los apartamentos, visto desde el jardín es el de una terraza a la que se accede desde una puerta doble, con una ventana al lado (fotografía número uno del acta notarial obrante en el documento número veinticinco). Al dividir los apartamentos en dos, lo que está realizando la demandada es dividir en dos cada una de las terrazas y eliminar la ventana con vistas a la misma para convertirla en una puerta de acceso a la terraza)>>.

Francamente, de la anterior descripción, no resulta que la subdivisión del interior de los apartamentos y <<la división en dos de cada una de las terrazas>> (que, por cierto, la actora no explica en que ha consistido esa división) y analizadas las fotografías aportadas junto al acta notarial (documento número veinticinco) no resulta que las mismas hayan afectado a la configuración y/o seguridad del edificio, ni a su estructura general, ni que perjudique los derechos de los demás vecinos. La única cuestión que, caso de haber sido probada, hubiera permitido confirmar en este punto la sentencia, es si -en contra de lo que dispone el Título Constitutivo- la promotora superara la cantidad de 12 apartamentos por planta (en los pisos primero a séptimo).

La cláusula 13ª del Título Constitutivo remite al Estatuto Privativo regulador del Bloque D dado su destino a la explotación hotelera; y a partir del folio 123 (aunque la copia de escritura aportada está incompleta) se van describiendo los distintos departamentos y de todos ellos se desprende que tienen una terraza exterior que tiene la condición de elemento privativo y no común pues forma parte de su composición.

En consecuencia, debe estimarse este motivo de apelación, y revocar en este punto la sentencia recurrida, al no haber quedado acreditado ni que esas subdivisiones se efectúen sobre elementos comunes, ni mucho menos que afecten a la configuración y/o seguridad del edificio, ni a su estructura general, ni que perjudique los derechos de los demás vecinos".

Procede distinguir las obras realizadas en los locales comerciales de la planta baja y las verificadas en los apartamentos y terrazas de los pisos primero a séptimo.

1º.- Obras realizadas en los locales comerciales de la planta baja .

"VORAMAR DEL VINYET DE SITGES, S.A." no ha transformado el uso ni el destino de sus locales comerciales de la planta baja, sino que lo ha puesto en explotación, después de haberlo tenido cerrado durante varios años en que ha permanecido tapiado y sin actividad.

Procede aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial referente a que la interpretación de los contratos es función propia del Juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que la misma sea arbitraria, absurda o ilegal, nada de lo cual es predicable en la que la resolución recurrida ha hecho con mención a la virtualidad del Título Constitutivo y de los Estatutos (entre otras SSTs de 17 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 7 de junio de 2006, 5 de diciembre de 2007, 18 de junio de 2008 y 9 de febrero de 2009).

Por otra parte, como sentaron las SSTS de 15 y 21 de octubre de 2009 , en la aplicación del *artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal* , 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, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

Por último, desde la perspectiva de la doctrina expresada en las SSTS indicadas en el motivo, no puede mantenerse la inaplicación de la jurisprudencia contenida en las mismas; corresponde matizar que la posición de esta Sala en dichas sentencias tiene carácter general y no determina su aplicación a un supuesto concreto, como el del caso del debate, que se singulariza por la interpretación del *artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal* respecto a los locales comerciales situados en la planta baja del edificio.

2º.- Obras realizadas en los apartamentos de los pisos primero a séptimo .

En principio, todo aquello que se encuentre en el interior de la superficie que cada titular tiene asignada se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; fuera de esta salvedad no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, y que se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros.

Se denominan terrazas "*a nivel*" aquellas que son continuación de los pisos y locales, singularmente de los primeros, y que forman parte de las viviendas; en términos generales, están consideradas de propiedad privada.

En verdad, con mención a la subdivisión del interior de los apartamentos y la división en dos de cada una de las terrazas, y analizadas las fotografías aportadas junto al acta notarial, no aparece que las mismas hayan afectado a la configuración y/o seguridad del edificio, ni a su estructura general, tampoco que perjudiquen los derechos de los demás vecinos.

La *cláusula 13* del Título Constitutivo remite al Estatuto Privativo regulador del Bloque D, dado su destino a la explotación hotelera; y, a partir del folio 123, se describen los distintos departamentos y se desprende que todos ellos tienen una terraza exterior, que goza de la condición de elemento privativo y no común, pues forma parte de su composición.

No ha quedado acreditado que esas subdivisiones se efectúen sobre elementos comunes, ni mucho menos que afecten a la configuración y/o seguridad del edificio, ni a su estructura general, ni que perjudique los derechos de los demás vecinos.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso reprocha la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpretativa de los *artículos 3, 7, 12, 17 y Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Propiedad Horizontal* , *artículos 396 y 397 del Código Civil* , con relación a la apertura de ventanales en la fachada del salón del Aparthotel del Bloque D; y cita, entre otras, las SSTS de 8 de octubre de 1993, 7 de julio de 1997 y 24 de febrero de 1996 .

El motivo se desestima.

Las ventanas han estado siempre previstas para el local y no son sino la repetición de otras dos que siempre han estado abiertas; si las después instaladas no lo fueron desde el principio, ha sido porque el local al que proporcionan luz permaneció mucho tiempo fuera de explotación, por ello, en lugar de cristales, los huecos estaban cerrados mediante un tabique provisional.

La norma especial 10ª del Título Constitutivo establece que todos los locales del complejo podrán abrir accesos por cualquiera de sus lindes, directamente a la calle o por medio de las zonas comunes, lo que constituye una lógica previsión dada la explicada falta de actividad prevista para los locales para varios

años, y, por supuesto, no ha de ocasionar que, llegado el momento conveniente, tales locales no puedan ser abiertos, destinados a su uso administrativamente reglado de restauración y valer por la recurrida su derecho a tener accesos por cualquiera de sus lindes y, si caben los accesos (que es más), lógicamente se pueden instalar ventanas (que es menos).

El argumento del motivo de que la posibilidad de practicar accesos no la tuvieran los locales de la planta baja no puede tomarse como válido.

El complejo que se regula con la norma que comentamos efectivamente tiene locales en la planta sótano, pero los locales más relevantes, a los que la norma se refiere especialmente, son los de la planta baja.

"VORAMAR DEL VINYET DE SITGES, S.A." es propietaria de todos los locales (exceptuando parkings y trasteros), incluso los del sótano, los de la planta baja y el del Auditorium, que ocupa tanto parte de la planta baja como de la planta sótano; en efecto, los podría agrupar y subdividir, de manera que todos los locales resultado de la agrupación y de la subdivisión tendrían derecho a dotarse de accesos directos a la calle o a las zonas comunes del complejo.

De aceptarse el criterio del recurso y, por ello, por entenderse que el local restaurante, que se ha puesto en funcionamiento, no tiene derecho a dotarse de acceso (y sólo se ha provisto de ventanales para su iluminación), habría que admitir que si la propietaria procediera a la agrupación de todos sus locales y, después a la segregación de los mismos, para alcanzar de nuevo la situación actual, sí estaría legitimada para dotar a los locales de los accesos que ahora se le niegan.

Ninguna norma de la Ley de Propiedad Horizontal establece, como derecho necesario, la prohibición de que los locales de un complejo residencial no puedan tener accesos a la calle, bien directos o por medio de las zonas comunes.

La doctrina jurisprudencial integrada en las SSTS de 15 y 21 de octubre de 2009, sobre que no cabe idéntica interpretación sobre pisos y locales de negocio, antes expuesta, es de aplicación al supuesto del debate.

Los criterios jurisprudenciales señalados en las SSTS citadas en el motivo carecen de relación con las cuestiones que nos ocupan.

CUARTO.- El motivo cuarto del recurso censura la violación de los *artículos 7 y 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal*, según la redacción conferida por la *Ley 8/1999, de 6 de abril, en cuanto a los pedimentos 5º, 8º, 9º y 10º*, contenidos en el suplico de la demanda, con fundamento en la existencia de interés casacional, consistente en que las normas aplicables para la resolución del presente motivo no llevan más de cinco años en vigor, y en concreto, el *artículo 9.1*, en cuanto que ha introducido no sólo la obligación de los propietarios de respetar las instalaciones generales de la Comunidad, sino también de los demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos.

El motivo se desestima.

Antes se explicó que el interés casacional, por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, no ha quedado acreditado en este recurso de casación, ya que el mismo se refiere a *preceptos existentes bajo la vigencia de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960*, y si bien en algunos aspectos fueron modificadas, lo han sido en cuestiones procesales, las cuales no afectan al objeto del litigio, pues, sobre tales reglas legales, existe doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo.

Aquí no se indica la presencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia en relación a sentencias de esta Sala, que fue lo que ha provocado el conocimiento en esta sede de los motivos precedentes, lo que determina el pericimimiento de este motivo.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con la condena a la parte recurrente de las costas causadas en el mismo (*artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la **"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000 "** contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de nueve de febrero de dos mil cuatro . Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en este recurso de casación. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Roman** Garcia Varela; Francisco Marin Castan, Encarnacion Roca Trias. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Roman** Garcia Varela, 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.