

Roj: STS 2256/2013
Id Cendoj: 28079110012013100249
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2072/2010
Nº de Resolución: 307/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 453/2010, por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1134/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 46 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don José Luis Sánchez San Frutos en nombre y representación de doña Isabel, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y la procuradora doña María Leocadia García Cornejo en nombre y representación de Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000, de Madrid, en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña María del Ángel Sanz Amaro, en nombre y representación de doña Isabel, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la Comunidad de Propietarios del edificio sito en AVENIDA000 núm. NUM000 de Madrid, a efectos de declaración de nulidad de acuerdo adoptado el 7-11-2007 por la Junta de la Comunidad de Propietarios, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<declarando la nulidad del acuerdo de Junta por el que se concede la autorización de la instalación de una Chimenea en el patio pues supone un perjuicio para la Comunidad de Propietarios en beneficio exclusivo del propietario del local que ha arrendado dicho local para la instalación de una cafetería churrería con asador de pollos, quedando extinguidos los derechos que hubiere sobre el local, eliminando dicha chimenea con expresa imposición de costas>>.

2.- La procuradora doña María Leocadia García Cornejo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000 (28029- Madrid), contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<en la que estimando LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, absuelva a mi representada de todos los pedimentos de la demandante y subsidiariamente y para el caso de no admitirse la misma, estime la totalidad de las alegaciones efectuadas por esta parte, se rechace en su totalidad la demanda; y se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda; todo ello con expresa condena en costas a la actora>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 46 de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María del Ángel Sanz Amaro, en representación de Dña. Isabel, contra la Comunidad de Propietarios del edificio sito en AVENIDA000 número NUM000 de Madrid, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Ordinaria celebrada en la Comunidad de Propietarios demandada con fecha 7 de noviembre de 2007, por el que se concedió autorización para instalación de una chimenea en el patio del inmueble para evacuación de humos de un local situado en planta baja.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*

ESTIMAR EL RECURSO INTERPUESTO POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA000 Nº NUM000 DE MADRID REPRESENTADA POR LA PROCURADORA DÑA. MARÍA LEOCADIA GARCÍA CORNEJO CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 5 DE MARZO DE 2010 DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 46 DE MADRID, EN PROCEDIMIENTO DE JUICIO ORDINARIO N º 1134/2008 SEGUIDO A INSTANCIAS DE Isabel REPRESENTADA POR LA PROCURADORA DÑA. MARÍA DEL ÁNGEL SANZ AMARO Y REVOCANDO LA MISMA, DESESTIMAR LA DEMANDA, ABSOLVIENDO A LA DEMANDADA Y CONDENANDO A LA DEMANDANTE AL PAGO DE LAS COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA. NO SE HACE CONDENACIÓN DE LAS DEVENGADAS EN ESTA ALZADA.

TERCERO - 1.- Contra la expresada sentencia por D^a. Isabel se interpuso recurso de casación basado en la infracción del art. 17 de la LPH y jurisprudencia que lo interpreta.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de mayo de 2011 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Leocadia García Cornejo, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000 (28029-Madrid) presentó escrito de oposición a la casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecisiete de abril del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De lo actuado resulta de forma no controvertida que en Junta General de la Comunidad de Propietarios de 7 de noviembre de 2007, del edificio sito en el nº NUM000 de la AVENIDA000 de Madrid, se acordó por unanimidad de los siete asistentes aprobar la instalación de una chimenea desde el local sito en los bajos del edificio, destinado a venta de churros y pollos asados, hasta la última planta, trazada por el interior del patio de la comunidad, al que dan las ventanas de las viviendas, y que se utiliza también como espacio para tender la ropa. La chimenea, de aluminio, atraviesa el suelo del patio, que es el techo del local, y discurre por la fachada de las cinco plantas existentes, hasta la azotea, sobre la que transcurre en paralelo durante un tramo. La actora no acudió a la mencionada Junta, pasando la chimenea entre dos de las ventanas de su vivienda, sita en el 4º C.

La anchura de la chimenea es de 42 cm y supera el tejado en 1,5 metros.

La demanda se interpuso el 2 de julio de 2008.

El juzgado estimó la demanda acordando la nulidad de la Junta General Ordinaria, mencionada. La Audiencia Provincial, en virtud del recurso de apelación revocó la sentencia, desestimado íntegramente la demanda.

SEGUNDO .- *Motivos. Infracción del art. 17 de la LPH y jurisprudencia que lo interpreta .*

Se estima el motivo .

Se analizan conjuntamente los motivos esgrimidos, por su evidente relación.

Alega el recurrente que al alterarse un elemento común es precisa la unanimidad de los propietarios, al constituirse una servidumbre por el hecho de adosarse a la pared del patio de luces y atravesar el suelo del patio. Que la acción caducaba al año, dado que se trata de actos contrarios a la **Ley** (arts. 7 , 11 , 17.1 y 18.3 LPH). Citó jurisprudencia y doctrina de las Audiencias Provinciales, sobre la instalación de chimeneas.

Por la parte recurrida se alegó: 1. Que el acuerdo se adoptó por unanimidad de los presentes y que la demandante no comunicó su discrepancia al Secretario de la comunidad en el plazo de treinta días (art. 17 LPH), por lo que su voto debió computarse como favorable.

2. Que se trata de un patio interior en desuso y que no se produce perjuicio alguno a los vecinos, que no vierte olores, gases ni elevación de temperatura.

3. Que la actora mostró su oposición cuando la chimenea ya estaba instalada.

4. Que el acuerdo no contrariaba la **Ley** por lo que la acción estaría caducada por el transcurso de tres meses.

Comenzando esta Sala por la pretendida ausencia de discrepancia en el plazo de treinta días, ya hemos advertido en otras ocasiones que dicho plazo no tiene más influencia que la de permitir la ejecutividad del acuerdo, especialmente en los supuestos de mayorías cualificadas, pero sin impedir el ejercicio de las acciones que el comunero estime oportunas.

Confirma esta interpretación el último apartado del número 1.º del artículo 17 LPH , pues en él, con respecto a los acuerdos para los cuales se exige mayoría cualificada o a los acuerdos de supresión de barreras arquitectónicas, a los que se refiere la atribución a la no-disconformidad de los efectos propios del voto favorable, se establece que «Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios.». Con ello se precisa que el efecto que se atribuye a la no-manifestación de disconformidad en el plazo establecido es la formación de la mayoría necesaria y el consiguiente nacimiento del carácter obligatorio del acuerdo, al igual que sucede con los adoptados por mayoría conforme a los siguientes apartados, pero no la supresión de la facultad de solicitar su anulación por unos u otros propietarios si concurren los requisitos para ello...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 16 Dic. 2008, rec. 577/2003 .

En cuanto al plazo de caducidad, de acuerdo con el art. 18.3 de la LPH será de un año, dado que se infringe, en principio, la prohibición de alterar elementos comunes (parte esencial del título constitutivo) sin autorización unánime de la comunidad (arts. 9 y 17 de la LPH) (STS 30-11-2012. Rec 2124/2007). En cualquier caso, es evidente que la demandante no tuvo conocimiento de que los tubos pasarían entre sus ventanas, hasta que fueron instalados, pues no consta en el acta de la junta ninguna precisión sobre el trazado, ni tampoco se informó verbalmente, como reconoció el Administrador en el acto del juicio.

No se aprecia que se trate de un patio en desuso sino de un patio de luces utilizado, para recibir tales y para tender, al que dan tres ventanas del piso de la demandante.

TERCERO .- Queda por determinar si se ha alterado la configuración del inmueble como consecuencia de la instalación de los tubos de salida de humos, a través del suelo del patio, adosándolos a la fachada hasta superar la azotea.

Sobre el particular ha declarado la Sala que:

*Esta doctrina general ha de ser matizada por la jurisprudencia de esta Sala, que considera que las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de **propiedad horizontal**. Tratándose de locales comerciales la posibilidad de realización de obras debe ser más amplia, bien porque la finalidad comercial de los locales comporte la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y de publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes y dicha modificación debe considerarse implícita en la finalidad comercial de los locales. Esta Jurisprudencia pretende evitar que la aplicación rigurosa de la **Ley de Propiedad Horizontal** impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. Al amparo de la falta de unanimidad de la comunidad de propietarios, se pretendía en muchos casos impedir la aplicación de la norma que autorizaba la realización de determinadas obras recogida en el Título Constitutivo o en los Estatutos, por considerar que la exigencia del consentimiento unánime es una norma de derecho necesario que, como tal, no puede ser modificada por la voluntad de los particulares. La reciente Jurisprudencia ha fijado como únicos límites a la citada autonomía de la voluntad, los recogidos en el artículo 7.1 de la **Ley de Propiedad Horizontal** , esto es, que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario ([RC n.º 1010/2006 de 15 de noviembre de 2010].*

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 17 Ene. 2012, rec. 1584/2007 .

Aplicada esta doctrina al caso de autos, debemos recordar que la sentencia recurrida entiende que en las chimeneas, que denomina de "cuello de cisne", no se altera la configuración del edificio ni su estado exterior.

Dicha apreciación más que probatoria, es de carácter jurídico, y por tanto revisable en casación, por lo que esta Sala habrá de determinar si las obras efectuadas encajan dentro del concepto jurídico de no alterar la "configuración del edificio".

Un elemento importante es que la única comunera que protesta es la actora y precisamente litiga frente a toda la comunidad, pero el conformismo de muchos comuneros no puede vincular a quien se considera perjudicado, quien podrá instar las acciones judiciales en protección de sus derechos.

En este caso, la alteración de la configuración es sustancial, pues atraviesa el forjado del patio, y eleva una chimenea de aluminio, a lo largo de cinco plantas, que refleja la luz, produce un fuerte impacto visual e interrumpe el espacio existente entre las dos ventanas del piso de la actora.

El acuerdo cuya nulidad se pretende y a la que accede la Sala, en cuanto afectaba a elementos comunes solo podía adoptarse por unanimidad, y la oposición de la actora es ilustrativa de que esa no se alcanza, unido ello a que *a la demandante se le produce un manifiesto perjuicio de carácter objetivo*, con la instalación de una chimenea que no consta prevista en el Título constitutivo ni en los estatutos.

Como hemos dicho la cuestión relativa a las chimeneas dentro de la **propiedad horizontal**, es un tema que suscita gran litigiosidad, salvo cuando el título constitutivo o estatutos recoge tal posibilidad, unido a que para la adopción del correspondiente acuerdo es necesario *que se ilustre profusamente a los comuneros expresando las condiciones técnicas y trazado de los tubos, desde su origen, hasta el final del recorrido*.

Estimándose el recurso y asumiendo la instancia debemos declarar, al igual que el Juzgado de Primera Instancia, la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Ordinaria celebrada en la Comunidad de Propietarios demandada con fecha 7 de noviembre de 2007, por el que se concedió autorización para instalación de una chimenea en el patio del inmueble para evacuación de humos del local sito en la planta baja.

CUARTO .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede expresa imposición de las costas de la apelación.

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D^a Isabel representada por la Procuradora D. José Luis Sánchez San Frutos contra sentencia de 20 de septiembre de 2010 de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid .

2. Casar la sentencia recurrida.

3. Declaramos la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Ordinaria celebrada en la Comunidad de Propietarios demandada con fecha 7 de noviembre de 2007, por el que se concedió autorización para instalación de una chimenea en el patio del inmueble para evacuación de humos del local sito en la planta baja.

4. No procede expresa imposición de las costas derivadas del recurso de casación.

5. Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

6. No procede expresa imposición de las costas de la apelación.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Roman Garcia Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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.