

## Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Sentencia 78/2003 de 10 Feb. 2003, Rec. 1210/1999

Ponente: Uriarte López, César.

LA LEY 28310/2003

En Madrid, a 10 Feb. 2003

VISTO por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, el presente Rollo de apelación núm. 1210/99, dimanante de los autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 85/98 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid a instancias de D.ª Esperanza Y D.ª Inmaculada contra D. Alfredo, «MAPFRE SEGUROS GENERALES, SA». Y COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PASEO 000 núm. NUM 000 EN MADRID y sobre indemnización daños, perjuicios y realización de obras; habiendo sido partes en este recurso las mencionadas demandantes, como apeladas-adheridas, representadas por el Procurador D. Jaime Briones Méndez, y bajo la dirección del Letrado D. José Luis Casajona Espinosa y los referidos demandados, D. Alfredo como apelante, bajo la representación del Procurador D.ª Silvia Albite Espinosa y dirigido por el Letrado D. Ramón Robles Delgado, «Mapfre Seguros Generales, S.A.», como apelada, representada por el Procurador D. Julián Caballero Aguado y defendida por el Letrado D. Francisco Javier Miana Ortega y la Com. de Prop. PASEO 000 núm. NUM 000 de Madrid, como apelante, representada por el Procurador D. Daniel Otones Puentes y bajo la dirección del Letrado D. Alvaro García Julia.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. CÉSAR URIARTE LÓPEZ.

### I - ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada, y

**PRIMERO.** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid se dictó sentencia el 26 Jul. 1999 que contiene el siguiente «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. JAIME BRIONES MENDEZ en nombre y representación de D.ª Inmaculada y D.ª Esperanza, contra D. Alfredo, MAPFRE SEGUROS GENERALES, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., y la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SITO EN EL PASEO 000 NUM. NUM 000 de Madrid, debo condenar y condeno a los demandados, conjunta y solidariamente, a que reparen los daños causados por filtraciones en la vivienda, propiedad de las demandantes sita en la planta tercera, letra B del inmueble sito en el PASEO 000 núm. NUM 000 de Madrid; y debo condenar y condeno conjunta y solidariamente a los demandados D. Alfredo y la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS citada, a que realicen las obras necesarias para reparar la causa de las filtraciones en el plazo que se señale en período de ejecución de sentencia, todo ello de acuerdo con el contenido del informe pericial que obra en autos (pág. 10,11 del dictamen), y sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales»; y notificada la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de dos de los demandados y admitido, previo emplazamiento de las partes, se elevaron los autos.

**SEGUNDO.** Recibidos los autos en esta Sala se formó el oportuno Rollo y personados los apelantes se les tuvo por tal y entender con ellos las actuaciones, así como con los apelados, y habiéndose adherido a la apelación las demandantes, señalándose para la vista el 4 Feb. e instruyéndose las partes.

**TERCERO.** En el acto de la vista, celebrada el día señalado, los Letrados de las partes informaron en

apoyo de sus pretensiones, interesando los apelantes la revocación y los apelados su confirmación, salvo las adheridas su revocación parcial en los particulares señalados.

**CUARTO.** En la tramitación de estos autos en ambas instancias se han observado las formalidades exigidas por la Ley.

## II-- FUNDAMENTOS DE DERECHO

ACEPTANDO en lo sustancial los de la sentencia apelada, que damos aquí por reproducidos en cuanto no se opongan a los de la presente que entonces rechazamos y, además o en su lugar,

**PRIMERO.** La sentencia recurrida, desestimando las excepciones opuestas y estimando en parte la demanda deducida por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Inmaculada y D.<sup>a</sup> Esperanza, como propietarias del piso NUM 001 NUM 002 en el PASEO 000 núm. NUM 000 en Madrid, contra D. Alfredo, «Mapfre Seguros Generales, S.A., y la Comunidad de Propietarios de PASEO 000 núm. NUM 000 en Madrid, los dos primeros respectivamente ocupante del piso NUM 001 NUM 003 del reseñado inmueble y aseguradora de su responsabilidad civil y la tercera como Comunidad de Propietarios en que están integrados y a la que pertenecen ambos pisos, en lo esencial condena a los tres demandados a que conjunta y solidariamente reparen los daños causados por filtraciones en el piso NUM 001 NUM 002 propiedad de las actoras y, además, también condena a los demandados D. Alfredo y a la Comunidad de Propietarios de PASEO 000 núm. NUM 000 en Madrid a que realicen las obras necesarias para reparar la causa de las filtraciones, en el plazo que se fije en ejecución de sentencia, de acuerdo con el contenido del informe pericial que obra en el procedimiento (pags. 10 y 11 dictamen), alzándose contra dicha sentencia el demandado Sr. Alfredo y la codemandada Comunidad de Propietarios, interesando el primero la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda, ya al estimar la excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la que insiste en la vista, bien entrando en el fondo al no proceder la condena solidaria con la Comunidad de Propietarios que, en su caso, debe ser la única que debe ser condenada, al afectar la obra a elementos comunes y solicitando la segunda también la revocación de la sentencia apelada, desestimando la demanda inicial contra ella y absolviéndola de sus pedimentos al ser la terraza desde la que se producen los daños privativa del piso NUM 001 NUM 003 y no elemento común, a todo lo cual se oponen las actoras Sras. Esperanza Inmaculada y la codemandada «Mapfre Seguros Generales, S.A.» solicitando la confirmación de la sentencia apelada, si bien las mencionadas demandantes se adherieron a la apelación e interesaron la revocación parcial y que, además, se condene a los demandados al pago de 15.000.000 ptas. como indemnización de daños y perjuicios por daños morales, así como a que la Comunidad de Propietarios permita, autorice y adopte cuantas medidas sean precisas para que las obras de reparación necesarias, tanto en el interior del piso como en la terraza superior, puedan ser ejecutadas y llevadas a término, así como aclarando que las obras a realizar serán todas las necesarias para evitar las filtraciones y daños en el piso de su propiedad, a cuya adhesión se oponen todos los demandados solicitando que en esos particulares desestimados tácitamente por la demanda sea confirmada.

**SEGUNDO.** Planteados en los precedentes términos los recursos de apelación de los demandados Sr. Alfredo y la Comunidad de Propietarios y la adhesión de las actoras Sres. Esperanza Inmaculada, teniendo en cuenta las alegaciones y pretensiones de las partes, así como lo resuelto por la sentencia apelada y los motivos de impugnación contra la misma, las cuestiones esenciales a examinar debemos centrarlas, en primer lugar, en la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en la que insiste el primer apelante, después en su caso el contenido del régimen de la propiedad horizontal comprensivo de los derechos y obligaciones individuales y colectivos, en tercer lugar, la naturaleza jurídica de la acción ejercitada y los requisitos que deben concurrir para su prosperabilidad y, en último lugar, los efectos a consecuencias de dicha acción.

**TERCERO.** Así centrados los recursos y su adhesión, entrando en el examen de la primera cuestión enunciada, debemos comenzar señalando que la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario era de creación jurisprudencial y no figuraba como tal en la antigua Ley Enj. Civil, a diferencia de la actual que la recoge en su artículo 12 y según la jurisprudencia dicha excepción que es apreciable de oficio tendía a evitar sentencias contradictorias, que pudiese atentarse contra la cantidad de la cosa juzgada o que pudiese producirse indefensión de alguna persona, al ser condenada o verse afectada por la cosa juzgada sin haber sido oída y, según aquella, si bien es cierto que el actor era libre para llamar al proceso a quien tuviese por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal quedara validamente constituida era preciso que en el procedimiento figuren como partes, ya como demandantes bien como demandados, primero, todas las personas que figuren unidas por la relación jurídico-material, segundo, todas aquellas a quienes pueda afectar directamente la sentencia que se dicte en el procedimiento y, por último, todas las personas que puedan tener un interés legítimo en impugnar la sentencia que recaiga y caso de faltar alguna de ellas nos encontramos ante la excepción que examinamos y el Juez o Tribunal no podrá dictar sentencia entrando en el fondo y deberá producirse la absolución en la instancia (SS. 27 Jun. 1944, 24-enero-- 56, 25 Ene. 1963, 3 Jun. 1964, 28 Feb. 1970, 30 Jul. 1986, 11 Nov. 1988, 3 Mar. 1992, 14 Jun. 1994, 18 May. 1995, entre muchas); sin embargo, uno de los supuestos en que no se aplica esta excepción es cuando todos los posibles demandados están unidos por el vínculo de la solidaridad en el cumplimiento de la obligación, porque en estos casos se puede demandar a todos o solo a algunos o alguno de los obligados, sin incurrir en esta excepción, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.144 C. Civil y reiterada jurisprudencia (por todas SS. 3 Jul.-89, 20-- noviembre-95 y 19 Jul.-97).

**CUARTO.** Sentada esta amplia doctrina y para su aplicación al presente recurso vemos que el demandado D. Alfredo, ocupante del piso NUM 001 NUM 003 y su anejo de la terraza en planta ático, opone la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la propietaria registral del piso la Mercantil «Fervin Internacional Inc». , excepción que conforme a dicha doctrina es claro que no puede prosperar desde el momento que acreditado que quién ha realizado las obras ha sido el ocupante del piso NUM 001, el demandado Sr. Alfredo y dada la naturaleza de que la acción principal ejercitada es la nacida o derivada del artículo 1.902 Código Civil, nos encontraríamos que la responsabilidad tendría el carácter de solidaria entre el ocupante del piso demandado y la propietaria registral del mismo y, por tanto, conforme a la anterior doctrina expuesta basta demandar a cualquiera de ellos para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida --art. 1.144 C.Civil--, sin perjuicio de las acciones que el primero pueda tener contra la segunda, pero es que además y en el presente caso nos encontramos que quien actúa ante las actoras y la propia Comunidad de Propietarios codemandada, como si fuera propietario en relación con el piso NUM 001 NUM 003, es el ocupante demandado Sr. Alfredo y es que, a mayor abundamiento, existen indicios y clara apariencia de que la propietaria registral del piso «Fervin Internacional Inc». no es mas que una Sociedad instrumental del demandado D. Alfredo y aplicando la doctrina del levantamiento del velo llegaríamos a la conclusión que al demandar a aquel es igual que si se hubiese demandado a la Sociedad y, por tanto, nunca estaríamos ante la examinada excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, consecuentemente, procede desestimar dicha excepción y con ella el primer motivo del recurso de tan repetido demandado-apelante.

**QUINTO.** Pasando al examen de la segunda cuestión antes enunciada y refiriéndonos siempre a la antigua Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (en lo sucesivo LPH), que sigue siendo la aplicable a este recurso, debemos comenzar dejando sentado que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal o de casas por pisos, la jurisprudencia la viene configurado como una institución «sui generis» y de carácter complejo a la que es inútil buscar semejanzas e identidades con otras instituciones clásicas y afines, al coexistir un derecho singular y exclusivo de los propietarios de pisos, locales y plazas de garaje sobre un espacio limitado y susceptible de aprovechamiento independiente y una copropiedad con los demás de los restantes elementos,

pertinencias y servicios comunes --art 3 LPH-- y por ello, como ponía de relieve la Exposición de motivos de la antigua Ley reguladora y que sigue siendo aplicable a este recurso, ha merecido especial estudio el régimen de derechos, deberes y obligaciones que lo integran, configurándolo con criterios inspirados en las relaciones de vecindad y tendente a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno, dejando así establecidas las bases para una convivencia normal y pacífica y como quiera que la concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de los derechos, nos sigue diciendo la Exposición de motivos, da lugar a unas relaciones de interdependencia es necesaria e imprescindible la creación de unos órganos de gestión y administración, entre los que destaca la Junta de Propietarios cuyos acuerdos son vinculantes en tanto no hayan sido impugnados judicialmente.

**SEXTO.** A la anterior doctrina como principios inspiradores de la LPH que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de sus preceptos --art. 3.1. C.Civil, debemos añadir mas en concreto, por un lado, que el artículo 396 Código Civil establece que los diversos pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida a un elemento común o a la vía pública, podrá ser objeto de propiedad separada y que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio para su adecuado uso y disfrute, señalando a título meramente enunciativo el suelo, vuelo, cimentaciones, pisos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, «cubiertas», canalizaciones y servidumbres, teniendo declarado la jurisprudencia que existen elementos comunes por su propia naturaleza y otros accidentales o por destino, cuyo uso puede concederse a todos los propietarios o alguno de ellos e incluso atribuirles la condición de privativos y cuando el título constitutivo no haya previsto el uso de los elementos comunes por varios propietarios, se regirá por las disposiciones del Código Civil, concretamente su artículo 394, con la prohibición de las alteraciones en la cosa común que prescribe el artículo 397 de dicho Código y el artículo 7.2 originaria Ley Propiedad Horizontal, que sigue siendo la aplicable a este recurso (S. 11 Ene. 1985), por otro lado, que la condición de elemento común por destino, de los que no lo son por naturaleza, les viene dado porque no se configuró como privativo antes de iniciarse la venta de pisos y locales y, consiguientemente, no establecido que un elemento común por destino sea privativo, debe reputarse elemento común salvo que expresamente e inequívocamente se haya establecido como tal (S. 27 Feb. 1987) y cuestión distinta es que el título constitutivo, los estatutos o normas de régimen interior determinen que el mantenimiento o gastos de algunos elementos comunes sean sólo de cuenta de alguno de los copropietarios y no de todos, en razón a circunstancias concretas, porque ello no es lógicamente obstáculo para que aquellos sigan teniendo tal carácter y por ello sólo no lo pueden perder y, por último, en lo que respecta a las obras en este especial régimen de la propiedad horizontal su originaria Ley reguladora distingue los diversos supuestos que pueden darse y así, primero, el propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, es decir, su parte privativa, siempre que no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, «su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario» --art. 7 LPH-- y, segundo, que la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o «en las cosas comunes», afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo --art. 10 LPH--, es decir, que para realizar obras en los elementos comunes se requiere la unanimidad de la Junta de Propietarios, de acuerdo con lo que prevenía el artículo 16.1 de tan repetida Ley; y a todo ello debemos añadir, por una parte, que de acuerdo con el artículo 9.2ª y 6ª LPH son obligaciones de cada propietario la de mantener en buen estado de conservación cada piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la Comunidad o a los otros propietarios resarciendo los daños que ocasione por un descuido o el de las personas por las que deba responder, así como la de observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas por el que ocupe su piso, sin perjuicio de las acciones directas que procedan y, por otra parte, que entre las

funciones de la Junta de Propietarios el artículo 13.5 LPH figura la de conocer y decidir en los asuntos de interés general, acordando las medidas necesarios o convenientes para el mejor servicio común.

**SÉPTIMO.** Por último, también con carácter general y para su posterior aplicación a los hechos objeto de este recurso debemos dejar sentado que la responsabilidad extracontractual tiene su apoyo genérico dentro de nuestro Derecho en el artículo 1.902 Código Civil, de predicamento abstracto y cobertura universal, fundado en la responsabilidad «aquiliana» o por culpa, que el artículo 1.903 del mismo extiende a las personas por las que se debe responder y, según el primero de dichos artículos, el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño y siendo sus tres clásicos requisitos para poder exigirla, primero, una acción u omisión culposa o negligente o lo que es lo mismo falta de atención y cuidado, que además sea antijurídica, segundo, la existencia o realidad de un daño y, tercero, el nexo causal o relación de causa a efecto entre la culpa y el daño y si bien es cierto que la jurisprudencia, en aras de los principios de creación del riesgo la del propio beneficio o del de solidaridad, tiende hacia la objetivación de la culpa aunque de una manera indirecta y ya invirtiendo el tradicional principio de la carga de la prueba --art. 1.214 C. Civil y hoy art. 217 actual Ley Enj. Civil--, bien exigiendo sólo la de un hecho que la haga presumible para desplazar a la otra parte dicha carga, ora extendiendo a la responsabilidad extracontractual la especial diligencia que para la contractual exige el artículo 1.104 C. Civil, atendiendo a la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, no es menos cierto que no ha plasmado el principio de responsabilidad objetiva y aunque atenuado sigue manteniendo el de responsabilidad por culpa y, por tanto, el que reclama tiene que acreditar la acción u omisión culposa y antijurídica del demandado y, por supuesto, el daño y perjuicio y el nexo causal para que pueda prosperar la acción al amparo del citado artículo 1.902 (Ss. 25 Feb. 1992, 27 Sep. 1993, 15-febrero y 8-- mayo-95 y 9 Oct. 1999, entre muchas); a esta doctrina más general debemos añadir más en particular, por un lado, que tratándose de daños causados por incendio y que es extensible a los debidos a inundación, la jurisprudencia viene exigiendo que el que reclama debe probar la causa del mismo o al menos su origen, con independencia de la culpa y como presupuesto de hecho para luego poder deducir aquella, sin que en esto quepa la inversión ni el desplazamiento de la prueba (SS. 4 Jun.-80, 23 Ene. 1981, 12 Dic. 1983, 2 Feb. 1989, 8 Feb. 1991, 30 Oct. 1992 y 6 May. 1994) y, por otro lado, que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual y que dicha exigencia hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento (SS. 10 Jul. 1981, 11 May. 1983, 16-febrero-- 88, 2 Dic. 1989 y 2 Abr. 2001) y de ahí que no exista la culpa cuando se trate de hechos o sucesos no previsibles o que, aunque lo fueran, son inevitables, es decir, en los supuestos del caso fortuito o de la fuerza mayor, que define el artículo 1.105 Código Civil.

**OCTAVO.** Sentada esta amplia y variada doctrina para su aplicación al presente recurso vemos que, del conjunto de la prueba practicada e incluso en gran parte reconocido por todos los litigantes, aparecen acreditados en apretada síntesis los objetivos hechos siguientes:

A) Que en escritura pública de 23 Sep. 1971 por la propietaria «Paremo, S.A.» se constituyó en régimen de propiedad horizontal la finca-Edificio señalado con el núm. NUM 000 en PASEO 000, con vuelta a calle Jerez, en Madrid, que constaba de dos plantas bajo rasante --sótano primero y segundo--, planta baja, tres plantas sobre esta y otra con un pequeño torreón, siendo la superficie del solar totalmente cercada de fabrica de mil novecientos veintiún metros cuadrados, estando destinado el resto no edificado a zona ajardinada y un pequeño vaso de piscina; constituyendo la finca núm. NUM 004 del Registro de la Propiedad núm. NUM 005 de Chamartin.

B) Que entre los pisos de que se compone el mencionado edificio figuran: a) como finca núm. NUM 006 el piso-vivienda NUM 001 NUM 003, con una superficie de 225,25 m cuadrados, al que corresponde como anejo el trastero núm. 11 y las plazas de garaje núm. 12, 13 y 14 en segundo

sótano, así como «el espacio anexionado del torreón y la terraza de la planta ático», siendo su cuota de participación de 12,32% y constituyendo la finca registral núm. NUM 007 y b) como finca núm. NUM 008 el piso-- vivienda NUM 001 NUM 002, con una superficie de 186,75 m cuadrados, al que corresponde como anejo el trastero núm. 14 y las plazas de garaje núm. 16, 17 y 21 en el segundo sótano, siendo su cuota de participación de 7,40% y constituyendo la finca registral núm. NUM 009.

C) Que en la propia reseñada escritura de constitución del régimen de propiedad del edificio se contienen los Estatutos de la Comunidad de Propietarios de PASEO 000 núm. NUM 000 de Madrid de los que, a efectos de este recurso, debemos reseñar que son propiedad de todos los condueños en relación a su cuota de participación, entre otras, los cimientos, los muros maestros y «el tejado a la terraza», las instalaciones o canalizaciones hasta el tramo de separación y derivación a los pisos o locales privativos y en general todas aquellas cosas o servicios que no tengan la condición de privativas, al estar destinadas a uso y disfrute de todos los condueños --art. 1-- , que las terrazas anexas a los pisos son de propiedad privativa y siendo obligación de los dueños el sufragar los gastos de mantenimiento de las mismas --art. 5-- , que los condueños están obligados a realizar en su piso las obras y reparaciones necesarias cuya omisión pueda perjudicar a la propiedad común o a las demás propiedades privativas y responderán a los daños irrogados por tal omisión --art 9-- , que se prohíbe a los condueños la realización de innovaciones o mejoras en las cosas comunes y cualquier obra que pueda dañar la estructura del edificio, sin el consentimiento de la mayoría o la unanimidad --art. 13-- , que todo condueño está obligado a poner en conocimiento del Administrador, entre otras, cualquier alteración de importancia que realice en las propiedades privativas --art. 17-- y que todo condueño o arrendatario viene obligado a comunicar a la Junta o Administrador la necesidad de proceder a la realización de obras sobre cosas comunes sitas en el interior de sus propiedades privativas y de no hacerlo responderá de los daños causados.

D) Que las actoras D.<sup>a</sup> Inmaculada y D.<sup>a</sup> Esperanza son propietarias del antes reseñado piso NUM 001 NUM 002, por herencia de su hermano D. José Luis fallecido el 17 Ene. 1991, en virtud de escritura pública de 11 Jul. 1991, inscrita el 16 Sep. 1991 y ocupan el mencionado piso, mientras que el piso NUM 001 NUM 003 figura registralmente como propiedad de la Compañía «Fervin Internacional Inc». , en virtud de escritura pública de 12 May. 1982 y viene siendo ocupado desde su adquisición por el demandado D. Alfredo y esposa D.<sup>a</sup> Milagros, en virtud de «un teórico» contrato de arrendamiento de 3 Ene. 1983 a favor de esta y que reconoce que no paga renta alguna, no pasando de ser la titular registral una sociedad instrumental del mencionado demandado, al parecer con domicilio social en Panamá.

E) Que físicamente el reseñado piso NUM 001 NUM 003, que linda por derecha o sur con el piso NUM 001 NUM 002 de las actoras, forma un dúplex y mediante una escalera interior comunica con la planta cuarta que, como anejo, ocupa una parte cerrada y formando el resto una terraza de uso privativo, parte de la cual se extiende sobre la totalidad de la vivienda-piso NUM 001 NUM 002 de las demandantes, al que sirve de cubierta y en la cual el demandado Sr. Alfredo ha efectuado diferentes obras consistentes en la colocación de jardineras, impermeabilización y nuevo solado realizadas en diversas etapas, llegando a constituir la terraza un verdadero jardín con arbustos grandes e incluso árboles bajos y con pleno conocimiento de la Comunidad de Propietarios codemandada, pese a que alguna de las obras afectaba al recrecerla a la albardilla perimetral y a las bajantes generales de los desagües, sin que aquella llamara la atención y menos impidiera las obras al ocupante del piso NUM 001 NUM 003 y demandado Sr. Alfredo, y

F) Que como consecuencia de tales obras en la terraza del piso dúplex NUM 001 NUM 003, que sirve de cubierta al piso NUM 001 NUM 002 de las actoras, este ha resultado con filtraciones en el techo y paredes de diversas habitaciones, que últimamente se han concentrado en el comedor, sala de estar, cuarto de baño y cocina, que tienen su origen en el recrecimiento de la albardilla perimetral, en los sumideros junto a la bajante de aguas pluviales y en la canaleta perimetral existente en la terraza,

que producen manchas en techos y paredes del reseñado piso NUM 001 NUM 002 propiedad de las actoras, con los consiguientes daños que ello conlleva debidos a las filtraciones.

**NOVENO.** Partiendo de estos hechos probados vemos que las actoras en su demanda pretendían que, previo declarar la existencia de daños continuados en el piso NUM 001 NUM 002 y que traen causa de las obras realizadas en la terraza aneja al piso NUM 001 NUM 003, se condene solidariamente a todos los demandados a indemnizar a las actoras de los daños causados por las filtraciones, a ejecutar todas las obras necesarias para la cesación de la actividad dañosa, reponiendo la terraza a su estado primitivo y adoptando cuantas medidas sean precisas para evitar filtraciones y daños futuros y a indemnizar a las actoras por daños morales en la cantidad de quince millones de pesetas y, subsidiariamente, a que la Comunidad de Propietarios permita, autorice y adopte cuantas medidas sean oportunas para que las obras puedan ser ejecutadas, a lo que se opusieron los demandados y que la sentencia de instancia estimó en parte condenando a los tres demandados solidariamente a reparar los daños causados por las filtraciones en el piso NUM 001 NUM 002 de las actoras y solo a los demandados Sr. Alfredo y la Comunidad de Propietarios a que realicen las obras necesarias para reparar la causa de las filtraciones, frente a cuya sentencia se alzan los últimos referidos demandados y a su recurso de apelación se adhieren las actoras en los términos que recogimos en el primer fundamento de derecho.

**DECIMO.** Así planteada la litis y los recursos hemos de pasar a examinar la acción ejercitada contra el demandado D. Alfredo, como ocupante del piso-- duplex NUM 001 NUM 003 en PASEO 000 núm. NUM 000 en Madrid y autor de las obras realizadas en la terraza de su uso exclusivo, tanto si entendemos que está fundada en los antes citados artículos 7 y 9-2ª LPH como si es la basada en el artículo 1902 C.Civil y, en su caso, en el artículo 1.910 del mismo Código, siendo evidente que concurren todos los requisitos para que las mismas deban prosperar y que el referido demandado venga obligado a indemnizar a las actoras en los daños causados en el piso NUM 001 NUM 002 como consecuencia de las filtraciones de la terraza y también a ejecutar todas las obras necesarias en la terraza para evitar definitivamente dichas filtraciones y ello, de una parte, porque suponiendo que la terraza sea elemento privativo no puede realizar obras que perjudiquen a otro propietario --art. 7 LPH-- y, además, viene obligado a mantener en buen estado la terraza, en términos que no perjudiquen a otros propietarios, resarciendo los daños ocasionados por su descuido o el de las personas por quienes deba responder --art. 9-2ª LPH-- y si entendiéramos que la terraza es elemento común porque ha realizado obras sin permiso ni consentimiento de la Comunidad y causado además daño a otro propietario y, de otra parte, porque la construcción de una jardinera perimetral de ladrillo visto en la terraza y antes cinco circulares en medio, luego suprimidas, plantadas con arbustos grandes e incluso arboles pequeños hasta constituir un verdadero jardín botánico en la terraza de una cuarta planta, que sirve de cubierta al piso de abajo y como se aprecia en las fotografías unidas, es evidentemente un riesgo y cualquier persona tiene que prever que se pueden producir filtraciones al piso inferior al menor fallo en la obra de impermeabilización e incluso, por muy bien hecha que esté al paso del tiempo por las propias raíces de las plantas, arbustos y arboles que afectan y estropean la propia tela asfáltica impermeabilizante y, por lo tanto, esa situación de riesgo previsible hubiese exigido una especial atención y cuidado por parte del ocupante del piso y su terraza, que no ha tenido como lo demuestra que se hayan seguido produciendo las filtraciones y los consiguientes daños y, por tanto, concurren los tres señalados requisitos para que nazca la responsabilidad extracontractual y la obligación de reparar el daño vía artículo 1.902 Código Civil, en el doble aspecto de los daños existentes en el interior del piso NUM 001 NUM 002 por las filtraciones y que alcanza a la aseguradora demandada «Mapfre Seguros Generales, S.A.» vía artículo 76 Ley Contrato de Seguro, as como de reparar el origen o causa de aquellas y que ya no alcanza a esta última al no estar incluido en la póliza; consecuentemente, procede desestimar el recurso del demandado D. Alfredo y confirmar en ese particular la sentencia apelada.

**UNDÉCIMO.** Pasando ahora al examen del recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios demandada, la primera cuestión a examinar debe centrarse en la naturaleza jurídica de la terraza, es decir, si es un elemento común por naturaleza o por destino o bien es un elemento privativo y al respecto vemos que, si bien es cierto que en principio y según la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal y de los Estatutos en ella contenidos (folios 36 a 89) parece que la terraza objeto de este procedimiento es un anejo privativo del piso NUM 001 NUM 003, que ocupa el demandado Sr. Alfredo y siendo obligación de su propietario sufragar los gastos de mantenimiento de la misma, no lo es menos que a su vez esta concreta terraza es cubierta del piso NUM 001 NUM 002 propiedad de las demandantes Sras. Esperanza Inmaculada y como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 Feb. 1993 que «la superficie de la terraza, en tanto que espacio aprovechable, disfrutan solo los propietarios que pueden acceder a ella, en su función estructural de elemento de cubrición del edificio... la terraza-cubierta actúa en la práctica en beneficio común, y mas, defiende del agua de lluvia a los que están debajo» y de ahí, acaba concluyendo, que las reparaciones no ordinarias corresponden a la Comunidad de Propietarios y, por tanto, a estos efectos las terrazas-cubiertas tienen siempre un cierto carácter de elemento común por naturaleza y en cuanto a los daños que por su estado causen nunca pueden ser ajenas aquellas, sin perjuicio en su caso de las acciones que le puedan corresponder contra el propietario del piso del que es anejo.

**DUODÉCIMO.** A partir de lo dicho y de acuerdo con la anterior doctrina expuesta la responsabilidad de reparar el daño y sus causas para evitar las filtraciones al piso de las actoras, alcanza también a la demandada Comunidad de Propietarios del PASEO 000 núm. NUM 000 en Madrid y ello tanto vía Ley Propiedad Horizontal como con base en el artículo 1.902 Código Civil y ello, primero, porque la terraza-cubierta es a estos efectos siempre elemento común por lo antes dicho y, por tanto, en principio su conservación y mantenimiento corresponde a la Comunidad, segundo, porque del informe pericial (folio 544 a 563, 569 y 570) resultan afectados elementos comunes, como son la albardilla exterior de la terraza que ha sido recrecida por el ocupante del piso NUM 001 NUM 003, el codemandado Selmes, por cierto sin consentimiento de la Junta de Propietarios y también se ha visto afectada la bajante de aguas pluviales, que es elemento común y siendo precisamente en ese lugar, que coincide con el comedor del piso de abajo, donde se producen algunas de las humedades y daños objeto de la litis, siendo la Comunidad la única que puede realizar obras --art. 10 LPH--, tercero, porque la Comunidad de Propietarios ha sido hartamente permisiva con las importantes obras que ha realizado en la terraza el ocupante del piso NUM 001 NUM 003, cuando afectaban a elementos comunes y, cuarto, porque esa actitud pasiva de la Comunidad en contra de lo prevenido en el artículo 13.5. LPH, no impidiendo esas obras de construcción de un medio jardín botánico en la terraza-cubierta de un cuarto piso y por muy privativa que fuera formalmente o vigilando su realización y mantenimiento dada la previsibilidad de las posibles filtraciones, teniendo en cuenta la especial naturaleza de las obras, da lugar a una omisión culposa de la Comunidad demandada que, en concurrencia con la acción culposa del codemandado Sr. Alfredo, es la causa de los daños en el piso de las actoras y a que ambos solidariamente vengamos obligados a reparar en el mas amplio sentido del término; en consecuencia, como así lo apreció la sentencia de instancia y es ajustada a derecho en este particular procede desestimar también el recurso de la Comunidad de Propietarios demandada y confirmarla en dicho particular.

**DÉCIMOTERCERO.** Resta por examinar los puntos de la adhesión a los recursos de las actoras D.<sup>a</sup> Inmaculada y D.<sup>a</sup> Esperanza que se concretaban al apartado 3. C) y D) del suplico de la demanda inicial, el primero que se condene a las demandadas al pago de quince millones o la cantidad que aprecie el Tribunal en concepto de daños morales y, el segundo que, subsidiariamente, la Comunidad de Propietarios sea condenada a permitir, autorizar y adoptar las medidas oportunas para las reparaciones necesarias y así planteada la adhesión, queda sin contenido la segunda pretensión dado su carácter de subsidiaria y al haber sido condenada también la Comunidad, lo cual conlleva los permisos, autorizaciones y acuerdos para la realización de las obras a llevar a cabo y, en lo que



respecta a la indemnización por daños morales, dicha pretensión no puede prosperar por los propios y acertados fundamentos de la Juzgadora de instancia, que hacemos nuestros y damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias y tanto en lo doctrinal como en lo fáctico y solo añadir, por un lado, que el panorama o la situación real no ha sido tan sombría como se pintaba en la demanda, ya que muchos de los daños causados por las filtraciones se repararon en su día por las Aseguradoras de una u otra parte, existieron conversaciones y encargaron informes para resolver el problema, se suprimieron las jardineras circulares construidas en el centro de la terraza... etc. y, por otro, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia los daños y perjuicios deben ser reales y acreditarse por quien los reclama, sin que puedan admitirse los que sean puramente hipotéticos, dudosos, contingentes o meramente posibles (SS. 22 Jun. 1989, 14 Oct. 1992, 7 Nov. 1995, 8--febrero-96 y 20 Dic. 1997, entre muchas); en consecuencia, procede desestimar también la adhesión a la apelación de las actoras y confirmar el particular tácito de la sentencia de instancia que desestimó dichas dos pretensiones y absolvió de ellas a los demandados.

**DÉCIMO CUARTO.** Por último debemos hacer referencia a la aclaración solicitada por las actoras en el acto de la vista sobre el alcance de las obras a realizar para resolver de una vez por todas el problema de las filtraciones, al referirse el fallo de la sentencia al informe pericial y al respecto debemos dejar sentado que la jurisprudencia constitucional tiene declarado el derecho de las partes a que las sentencias ejecutorias se cumplan en sus propios términos y con base en el principio a favor de una ejecución satisfactoria, lo cual implica que el Juez de la ejecución debe apurar siempre en virtud del principio «pro actione», del de economía procesal y, en definitiva de su deber primario de tutela efectiva, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la «causa petendi», es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, así como de los fundamentos de derecho que, aunque no pasan directamente al fallo, si constituyen base para su admisión o rechazo para el Juzgador y por ello fundamento del fallo, del cual operan como causas determinantes, lo cual no supone que se pueda en ejecución de sentencia alterar los términos del debate o declararse otras pretensiones distintas ampliando indebidamente el contenido de la ejecución, sino que simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista y en armonía con el todo que constituye la sentencia (SS. TC. 148/1989, de 21 Sep. y 152/1990, de 4 Oct.); por lo que partiendo de la doctrina expuesta es claro que las obras a realizar serán todas aquellas que sean necesarias para evitar las filtraciones futuras, sin que lo dicho pueda ser llevado directamente al fallo, al no haber sido objeto de la adhesión propiamente dicha e interesarse con bastante posterioridad, pero si tenerse en cuenta en su día al ejecutar la sentencia de instancia y como criterio interpretativo en sentido finalista de la misma, dado los términos en que se ha planteado esta litis.

**DÉCIMO QUINTO.** Por cuanto antecede y queda expuesto procede desestimar tanto los dos recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los demandados D. Alfredo y la Comunidad de Propietarios de PASEO 000 núm. 204 en Madrid, como la adhesión a la apelación de las de las actoras D.<sup>a</sup> Inmaculada y D.<sup>a</sup> Esperanza y confirmar la sentencia apelada al ser ajustada a derecho, ya que por todo lo dicho hace una acertada valoración de la prueba y aplica a los hechos de ella deducidos la doctrina legal correcta; y, no obstante ello, no hacemos especial declaración respecto de las costas causadas ni en las de los recursos ni en las de la adhesión, al estimar la Sala que concurren las circunstancias excepcionales a que hace referencia el inciso final del párrafo segundo del artículo 710 de la antigua Ley Enj. Civil, que sigue siendo la aplicable a este recurso vía Disposición Transitoria Tercera de la actual vigente, por la complejidad de las cuestiones de hecho y derecho debatidas como fácilmente se deduce de cuanto antecede.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **III.FALLAMOS**

Que desestimando tanto los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora D.<sup>a</sup> Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación del demandado D. Alfredo y el Procurador D. Daniel Otones Puentes, en el de la también demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PASEO 000 NUMERO NUM 000 EN MADRID, como la adhesión a la apelación del Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de las actoras D.<sup>a</sup> Inmaculada Y D.<sup>a</sup> Esperanza, contra la sentencia dictada en 26 Jul. 1999 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. 26 de Madrid en el Juicio de Menor Cuantía núm. 85/98, del que este rollo dimana y promovido por las referidas adheridas contra los citados apelantes, así como contra «MAPFRE SEGUROS GENERALES, S.A.» que ha estado representada por el Procurador D. Julián Caballero Aguado, sobre indemnización de daños y perjuicios y realización de obras, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mencionada sentencia apelada; y no hacemos especial declaración de las costas causadas en ninguno de los dos recursos ni en las de la adhesión.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala y que se notificará conforme al artº 208.4 de la actual L.E.C. lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **PUBLICACIÓN.**

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