

La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal

por

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Alicante

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DEL PROBLEMA.
- II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: TERRAZA COMO ELEMENTO COMÚN DE USO EXCLUSIVO DEL PROPIETARIO DEL ÁTICO.
- III. NATURALEZA DE LAS REPARACIONES Y CRITERIOS DE REPARTO DE LOS GASTOS:
 1. ORIENTACIÓN DE ESTUDIO.
 2. PREVISIONES ESPECÍFICAS.
 3. OBRAS QUE ASUME LA COMUNIDAD.
 4. OBRAS QUE ASUME EL PROPIETARIO.
 5. CONDENA DE LA COMUNIDAD Y DEL PROPIETARIO.
 6. DESPERFECTOS CAUSADOS POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN.
 7. OBSERVACIONES CRÍTICAS. EL ENFOQUE ARQUITECTÓNICO DEL PROBLEMA.
 8. REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN.
- IV. REPARACIÓN POR EL PROPIETARIO EN SUSTITUCIÓN DE LA PROPIA COMUNIDAD.
- V. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.
- VI. ACCESO A LA TERRAZA PARA PROCEDER A LA REPARACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DEL PROBLEMA

No ofrece duda que uno de los problemas que con frecuencia se plantea en el régimen de propiedad horizontal es el referido a las reparaciones de la terraza del ático (1). Se trata de un elemento que sirve de protección frente a las inclemencias del tiempo y por ello mismo se encuentra expuesto a los efectos que produzcan los fenómenos atmosféricos. Las humedades y filtraciones, por citar dos casos de los más habituales, hacen necesarias determinadas obras de reparación; surgen dudas sobre si procede un arreglo puntual de la tela asfáltica o el pavimento, o si debe procederse a su sustitución al haberse cumplido su periodo de servicio útil, y surgen también disparidad de opiniones en el seno de la comunidad acerca del responsable de llevar a cabo la reparación, que unos ven en la comunidad y otros en quien tiene el uso exclusivo de la terraza (2). Esta es una de las múltiples cuestiones que se discuten en las juntas de las comunidades de vecinos (3), además de ser una de las más polémicas: por un lado, el propietario tiene el uso exclusivo de una terraza, pero, por otro, esta forma parte de los elementos comunes (4).

En concreto, nos interesan las reparaciones que afectan a la terraza cuyo uso exclusivo ha sido atribuido al titular del ático (5). Los tipos posibles de

(1) Así lo señaló, hace varias décadas, VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., «Consideración jurídica de las terrazas ante la Ley de Propiedad Horizontal», en *RJC*, 1964, pág. 147.

Más en general, sobre la abundante litigiosidad de las terrazas en el ámbito de la Propiedad Horizontal, puede verse ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., «Las terrazas», en *Sepin*, septiembre de 2005, núm. 261, PH, pág. 14 y sigs.

(2) Todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan haber incurrido los diferentes agentes que intervinieron en la construcción del inmueble o la de quienes hicieron reparaciones en estos elementos tras haber finalizado la construcción.

(3) Como dice MARTORELL ZULUETA, P., en CARUANA FONT DE MORA, G. / MARTORELL ZULUETA, P., *Daños por incendios y filtraciones de agua: criterios judiciales*, Valencia, 2008, pág. 175, son probablemente estos supuestos los que suscitan en la práctica mayores situaciones de conflicto a la hora de determinar quién debe soportar la consecuencia de la filtración que se produce en el elemento inferior.

(4) El supuesto es descrito por PONS GONZÁLEZ, M. / DEL ARCO TORRES, M. A., *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, Granada, 2007, pág. 93, en los siguientes términos: «Las llamadas “terrazas a nivel” —destinadas al uso exclusivo de alguno o algunos titulares— son cubierta de parte del edificio, realizando una clara función estructural en beneficio común. Aunque el suelo de dichas terrazas es exclusivamente utilizado por el dueño del ático, sirve a la vez de techo de otro piso inferior, constituyendo, por tanto, parte de la cubierta del inmueble».

(5) Los casos más frecuentes son los de los áticos, pero no hay que descartar que el mismo problema pueda plantearse en pisos inferiores. Así ocurre en las SSAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922), y Burgos, de 18 de octubre de 2002 (*Act.civ.* 2002/261); la terraza que producía filtraciones estaba situada en la primera planta y servía

reparaciones y la forma de proceder al pago de los gastos que las mismas originan constituyen la finalidad de este trabajo (6). El supuesto típico es el del propietario que sufre en su vivienda daños y perjuicios a causa del estado de la terraza que se encuentra situada encima de su piso y duda entre demandar a la comunidad de propietarios o al titular del ático. Resulta muy problemático lo relativo a la reparación de estas terrazas que compatibilizan su carácter común con un uso privativo. No siempre es fácil determinar la naturaleza del deterioro y establecer su causa, y precisamente de ello depende que la reparación sea pagada por la comunidad de propietarios o por el propietario que usa la terraza de un modo particular.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: TERRAZA COMO ELEMENTO COMÚN DE USO EXCLUSIVO DEL PROPIETARIO DEL ÁTICO

Antes de determinar a quien corresponde la reparación, conviene analizar si la terraza es elemento común, elemento privativo (en cuyo caso, pertenece únicamente a un propietario) o elemento común cuyo uso privativo se atribuye a

de cubierta de los bajos comerciales y, aun cuando sea de uso exclusivo del propietario de la primera planta, la terraza es un elemento común y su reparación corresponde a la comunidad en determinadas circunstancias y casos, como más adelante veremos. Vid. también la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (*JUR* 2004/225961), conforme a la cual «se puede afirmar sin duda alguna que la terraza-cubierta de la primera planta y la del ático participan de la misma naturaleza, ya que ambas constituyen una terraza a nivel del piso o ático respectivo, sirven además de cubierta a los pisos inferiores...», y la SAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2007 (*AC* 2007/225), que aplica «la doctrina jurisprudencial que señala que las denominadas terrazas a nivel y que sirven de cubierta total o parcial a los pisos verticalmente inferiores, como ocurre en este caso respecto a los locales sitos en la planta baja, se equiparán a las cubiertas y son elementos comunes por naturaleza».

En el caso del ático, la situación puede plantearse tanto si la terraza está al mismo nivel, como si está situada encima del piso, como ocurre en la SAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/260083). También lo admite la doctrina, y así VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de la propiedad horizontal*, edición revisada y puesta al día por VENTURA-TRAVERSET HERNÁNDEZ, A., Barcelona, 1992, pág. 124, nota 197: «El concepto más claro de terraza a nivel es aquella que constituye una prolongación del piso, a su mismo nivel y cuyo único acceso es a través del mismo, pero también pueden comprenderse, dentro de esta expresión, aquellas terrazas que estando a un nivel distinto solo son accesibles a través de un departamento privativo (terrados en la cubierta del edificio, con un único acceso a través de la vivienda en planta inferior)».

(6) Debemos matizar las conclusiones a las que vamos a llegar en este trabajo en el sentido siguiente: sin conocer las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, no se pueden hacer afirmaciones rotundas. Por tanto, intentaremos sentar unas pautas o criterios que permitan resolver las dudas que presentan los casos reales.

un propietario (7). Este último caso suele ser el más frecuente (8) y se da cuando el acceso a la terraza solo puede hacerse a través de la vivienda de uno de los propietarios, que es quien tiene asignado de manera exclusiva su uso y disfrute.

La titularidad de la terraza suele ser objeto de discusión en este tipo de pleitos (9), y por ello vamos a hacer referencia a la calificación y utilización de la terraza, distinguiendo cuándo puede considerarse como elemento común, privativo o común con uso exclusivo (10). Las tres posibilidades se resumen de manera clara en la SAP de Asturias de 1 de julio de 2004 (11): «La dificultad

(7) Para LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La problemática de las terrazas a nivel en los áticos», en *Act.Civ.*, 1996, núm. 26, pág. 632: «En realidad, cuando surge el problema de la naturaleza común o privativa de los elementos que analizamos es porque existe la necesidad de una inversión para reparaciones de elementos del edificio que difícilmente se quiere abonar por parte de los copropietarios del edificio. Por ello, no son pocos los disgustos sufridos por los presidentes y los administradores de fincas en orden a conseguir las partidas necesarias para atender a tan importantes y normalmente elevados gastos, ya que los propietarios de pisos bajos no encuentran la necesidad de contribuir a reparar algo que “en principio” ellos no disfrutan y cuyo uso lo detenta únicamente el propietario del edificio».

(8) Al respecto, CAÑIZARES LASO, A., *La propiedad horizontal en el Código Civil*, Madrid, 2009, pág. 143.

(9) Así lo demuestran los casos decididos por aquellas sentencias en las que se impugna el acuerdo comunitario de reparar las terrazas, por considerar el comunero discrepante que las terrazas son privativas y no comunes.

Para determinar la naturaleza común o privativa de las terrazas de los áticos, se tendrá en cuenta, en primer lugar, lo que dispone el título constitutivo del régimen o los estatutos. Y, en segundo lugar, si nada se afirma en estos documentos sobre su naturaleza, operará la presunción del carácter común formulada por la jurisprudencia.

(10) Tenemos que partir del hecho, admitido por la jurisprudencia, de que «la terraza general o cubierta de un inmueble está configurada como un elemento común del mismo, como así se infiere del artículo 396 del Código Civil, pero no es menos indudable que no representa un elemento común de naturaleza esencial...»: STS (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1999 (RAJ 1999/7319).

(11) JUR 2004/225961.

También puede verse la SAP de Asturias, de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2006/106744): «Las denominadas “terrazas a nivel” (el mismo nivel que el piso primitivo constituye cubierta de nivel inferior) han venido siendo considerados elementos comunes por destino (no por naturaleza) y por tanto posibles de desafectación y de su atribución en propiedad exclusiva al comunero propietario del elemento independiente o bien mediante la concesión a esta de su exclusivo uso».

En cambio, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1993 (AC 1993/2062) parece admitir solamente dos posibilidades (elemento común y elemento común de uso exclusivo de un propietario), pues dice que «cuando un edificio se halla dividido en régimen de propiedad horizontal se distinguen en el mismo las partes privativas de cada propietario, constituidas por los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente atribuidos a cada uno con carácter exclusivo, de las partes comunes, necesarias para el adecuado uso y disfrute de las mismas, cuya propiedad se adscribe, como anejo inseparable, a la de aquellas —arts. 396 del CC y 3 de la Ley de 21-7-1960— pudiendo distinguirse dentro de estas las que son comunes por naturaleza, que tendrán siempre esa condición, sin que puedan perderla por decisión o acuerdo alguno, entre las que se encuentran las anunciadas por el artículo citado del Código Civil, y las que lo son por destino o adscripción voluntaria al servicio

surge por el hecho de que determinados elementos comunes (que la misma Jurisprudencia y la Doctrina denominan como “comunes por destino”), además de cumplir su verdadera finalidad, como en este caso servir como tejado o cubierta de los pisos inferiores, pueden prestar un uso complementario para satisfacer fines estrictamente privados de un concreto o concretos titulares individuales. Es el caso de las llamadas “terrazza-cubierta” del edificio o “terrazas a nivel”. En principio se trata de elementos comunes, en cuanto sirven al interés común o general de la totalidad de los diferentes propietarios, pero nada impide que el propio título constitutivo, o la posterior voluntad unánime de aquellos, puedan destinarlos al uso exclusivo de alguno o algunos propietarios individuales (sentencias del TS de 20-3-70, 22-12-78, 17-2-93, etc.), pues tal cosa no va contra ninguna norma imperativa que lo prohíba. Incluso nada impide, igualmente, que dichas terrazas a nivel puedan tener el concepto de elemento privativo, siempre que así se deduzca sin género de duda de los títulos de constitución de la propiedad horizontal y de adquisición, como también lo admitió el TS en sus sentencias de 9-1 y 25-5-84, 3-7-89, 23-2-93, entre otras, pues en otro caso su naturaleza y destino o uso común se impondrá».

La jurisprudencia ofrece esta variedad de situaciones, que derivan de lo que las propias sentencias denominan «la maleabilidad del carácter comunal o privativo de las terrazas de uso exclusivo» (12).

común de todos o algunos de los elementos privativos, que pueden perder ese carácter si así se acuerda válidamente; encontrándose indudablemente entre las primeras la cubierta del edificio, sin la cual no se concibe la posibilidad de que existan siquiera partes privativas; pero este carácter naturalmente común resulta compatible con el hecho de que si reviste la forma de azotea y está construida adecuadamente pueda prestar un uso complementario, distinto de su finalidad principal de cubrir la edificación, como puede ser servir para tender ropa a secar, para solarío o para otros fines domésticos que no impidan el principal, no existiendo obstáculo para que ese uso sea atribuido exclusivamente a alguno o algunos de los propietarios de espacios privativos».

(12) Lo cual se explica si tenemos en cuenta que el artículo 396 del Código Civil, que enumera los elementos comunes, no es una norma imperativa, sino dispositiva. Por ello, no han de ser ineludiblemente comunes todos los elementos y servicios descritos en el precepto. Entre otras, pueden verse las SSTS (Sala 1.ª) de 23 de mayo de 1984 (*RAJ* 1984/2544), 15 de marzo de 1985 (*RAJ* 1985/1168), y 5 de mayo de 2000 (*RAJ* 2000/3990), y las SSAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998/1807); Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922); La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (*EDJ* 1999/46397), y Barcelona, de 11 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148530).

El planteamiento de la SAP de Ourense, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/157198) es el siguiente: «La controvertida naturaleza común o privativa de las denominadas “terrazas a nivel”, cual es el caso que nos ocupa, debe desvelarse atendiendo a las normas generales de la comunidad, en este caso (art. 396 CC) y después a la Ley de Propiedad Horizontal y la interpretación jurisprudencial acerca de cuáles son los elementos comunes esenciales y cuáles los susceptibles de privacidad por voluntad expresa de sus titulares. En la actualidad, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones a favor de la maleabilidad del carácter comunal o privativo de las terrazas de uso exclusivo individual, a pesar de ejercer conjuntamente la función de tejado o cubierta para el conjunto de la edificación (vid. SSTS

La STS (Sala 1.^a) de 23 de febrero de 1993 (13) no aprecia que la terraza litigiosa tenga carácter común y la considera elemento privativo del piso al que se halla vinculada y a cuyo cargo corre el pago de los gastos de mantenimiento de la misma; «la terraza litigiosa —dice el Tribunal Supremo— no constituye en modo alguno un elemento que por la propia naturaleza de las cosas deba ser siempre común de tal manera que en todo caso es necesario para el uso y disfrute de los diferentes pisos; puede tener naturaleza privativa si así se ha determinado en el título constitutivo de la propiedad horizontal» (14). También se califica la

de 20-3-1970, 22-12-1978, 15-3-1985, 27-2-1987, cubierta de todo o parte del inmueble, tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil, al mencionar entre ellos a las cubiertas, si bien la enumeración que el precepto hace de los elementos comunes es de derecho dispositivo, lo que permite que, bien en el originario título constitutivo de la propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la junta de propietarios adoptado de manera unánime (art. 16.1 LPH), pueda atribuirse el carácter privativo a ciertos elementos comunes que no sean los esenciales (suelo, cimentaciones, escaleras comunes, ascensor...), sino aquellos elementos, que son comunes en función de su destino o accesoriadad “como los patios inferiores y las terrazas a nivel o cubiertas”».

Distinguen MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M. / CUEVAS CASTAÑO, J., *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, t. I, Madrid, 1997, pág. 172 y sigs., entre «reserva» y «desafectación», basándose en un aspecto de carácter temporal. El hecho de reservar la titularidad de un elemento común solamente se puede realizar en el título constitutivo, mientras que la «desafectación», que consiste en cambiar el carácter del bien en cuestión (que pasa de común a privativo), se realiza después de constituido el régimen de propiedad horizontal y a virtud de acuerdo unánime de los propietarios del edificio.

(13) RAJ 1993/1223.

También se califica como privativa en la STS (Sala 1.^a), de 10 de mayo de 1993 (RAJ 1993/3529), la terraza en litigio que forma parte integrante del ático de los demandados al que tienen acceso directo y único. La parte demandante era la comunidad, que solicitaba la demolición de unas obras de ampliación que se habían efectuado en la terraza; la demanda fue desestimada, al considerarse, en todas las instancias, que la terraza era elemento privativo.

(14) Curiosamente, en el caso de autos, «tal título no existe de forma específica ... porque el propietario del edificio se ha limitado a otorgar simplemente escritura de obra nueva en 23-11-1961, que modifica otra anterior de 24-12-1959, y a ir vendiendo cada piso y su bajo comercial a diferentes personas, segregando registralmente de dicho edificio los mismos para constituir fincas independientes. En las escrituras de venta se describe el objeto vendido con referencia al edificio y se señala su cuota en relación con este, pero en ellas tampoco se realiza una enumeración de los elementos comunes. Así las cosas, y por haberse operado registralmente de una manera tan atípica, es necesario examinar las escrituras de venta y sus inscripciones registrales para determinar a qué abarca la propiedad privativa de los diferentes titulares, siendo lo demás del edificio en este caso elemento común. De este examen resulta que la terraza Norte es propiedad privativa del titular del piso 2.º, al que otras veces se le denomina planta inferior, puesto que en la escritura pública de compraventa del mismo, de fecha 24-11-1961, se transmite al adquirente, de quienes hemos dicho traen causa a través de sucesivas transmisiones los recurrentes, dicho piso y el derecho de vuelo o de edificar en la terraza Norte, siendo de su cargo los gastos que origine su mantenimiento. Hasta tal punto es así, que la propiedad del piso tan aludido es la que ha hecho frente al pago de cuantos gastos ha originado la propiedad de tal terraza, no los demás vecinos, e incluso a los daños que por causa de la misma se produjeron en el local comercial respecto del cual es techo».

terrazza como privativa en las SSAP de Las Palmas, de 16 de marzo de 2000 (15); Málaga, de 4 de junio de 1997 (16); Guipúzcoa, de 29 de enero de 1998 (17); Soria, de 12 de enero de 2002 (18); Ourense, de 30 de abril de 2002 (19); Asturias,

(15) RGD 2001, pág. 1572 y sigs.

(16) AC 1997/1289: «...la desafección de la cualidad de elemento común no necesariamente debe realizarse por acuerdo unánime de los comuneros, ya que, como se dijo, cabe también la posibilidad de que así conste en el título constitutivo en cuestión y esto es precisamente lo que acontece en el supuesto de autos, por cuanto que en la inscripción registral de la finca número 16.887 recoge a la “terrazza” como parte privativa integrada en la vivienda Letra B de la planta primera del edificio en construcción —inscripción en la escritura de división horizontal—, quedando a mayor abundamiento acreditado en las actuaciones cuando el perito designado por las partes para determinar el origen de los datos producidos expresó su extrañeza de que la medición que efectuara no se correspondía con la nota simple del Registro de la Propiedad que se le había facilitado, lo cual encuentra su explicación lógica, como certeramente recoge la sentencia recurrida, en el hecho de que en la inscripción registral figura modificación —inscripción 3.ª— sobre la superficie construida de la referida vivienda, incluyendo en la misma a la “terrazza”, de lo que se infiere la carencia de esta de la cualidad de elemento común y, subsiguientemente, la no obligación de responder por parte de la Comunidad de propietarios de los “presuntos” daños que por filtraciones de aguas se producen desde la misma hasta el local propiedad de la demandante...».

(17) AC 1998/4187.

(18) JUR 2002/71362: «...no es posible afirmar, a la vista del acervo probatorio obrante en autos, que la terraza a la que se accede desde la vivienda del piso 1.º derecha del inmueble del número 11 de la calle Navas de Tolosa (construida por el señor G. L. con la autorización de la comunidad de propietarios) sea elemento común en el régimen de propiedad horizontal, y en este sentido ha de resaltarse que entre los elementos comunes enumerados a título ejemplificativo en el artículo 396 del Código Civil (suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, patios, escaleras, corredores, cubiertas, canalizaciones, etc.) no se incluyen las terrazas de los diversos locales o viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente. Esta conclusión se ve corroborada por el hecho de que la terraza fuese construida en su día a expensas únicamente de los propietarios de las viviendas beneficiadas, tal como se recoge expresamente en el documento privado suscrito por dichos propietarios en su día... y así consta en dicho documento privado que los propietarios de las viviendas del piso primero —entre ellos don Victoriano G. L., causante a título particular de los hoy demandados— asumieron la responsabilidad por los perjuicios que la construcción de las terrazas pudiese provocar en el edificio en régimen de responsabilidad horizontal».

(19) JUR 2002/157198: «En el presente supuesto, y si bien, en principio la presunción sería de elemento común, conforme antes se ha expuesto, asiste la razón al Juzgador a quo cuando califica de privativa tal terraza, toda vez que, en primer lugar, dicha terraza no se incluye dentro de los elementos comunes en el título constitutivo de la propiedad horizontal; por otra parte en la cláusula 6.ª del estatuto jurídico de dicha comunidad se hace constar: «...Los que sean propietarios de tales terrazas anejas (refiriéndose a la terraza de litis), no podrán depositar bultos ni objeto alguno sobre las claraboyas...», partiéndose pues del carácter privativo de las terrazas; se desprende igualmente del título constitutivo que al piso 1.º D de las apelantes se le asigna una cuota de participación en los elementos comunes del 3 por 100, mientras que a los demás pisos tipo D, que miden igual y tienen la misma distribución, se les asigna una cuota inferior (de un 2,50 por 100), lo que únicamente tiene explicación si se considera la terraza por parte de su madre; por lo que a la vista de todo ello, no cabe sino concluir tal como efectúa el Juez *a quo*, que la terraza de litis tiene carácter privativo, pues dicho carácter fue el que se le atribuyó en el título constitutivo de la propiedad».

de 28 de septiembre de 2005 (20), y Murcia, de 3 de noviembre de 2005 (21). Partiéndose, pues, del carácter privativo (22), la conclusión ha de ser la de hacer responsable al propietario del ático, a quien corresponde, según dispone el artículo 9.1.b) LPH, «mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder» (23). Conviene, sin embargo, matizar algo más la hipótesis que estamos tratando, pues si el daño se debe a elementos estructurales, no hay duda de la responsabilidad de la comunidad, si atendemos a la función de cubierta que también cumple la terraza del ático (24); no basta

(20) *JUR* 2005/233008.

(21) *JUR* 2006/21247. Se dice por la Audiencia:

«Téngase en cuenta que las terrazas en su consideración de cubiertas del todo o parte de un inmueble y especialmente estas últimas, denominadas “terrazas a nivel”, no gozan de la característica de elemento común de naturaleza esencial, como cabe predicar del suelo o de la cimentación. De ahí la viabilidad y posibilidad de su desafectación como inicial elemento común, bien a través del título constitutivo, bien a tenor de los estatutos comunitarios, etc.

Y ello es, en efecto, lo acontecido en este caso, pues, sin duda, el título de propiedad de la parte demandada y concretamente la descripción registral, permite aceptar tal desafectación, cuando se le atribuye también el dominio de una superficie determinada de la terraza de la casa».

(22) Sin embargo, convendría siempre diferenciar entre el pavimento y la estructura de separación. En las llamadas «terrazas a nivel» se distingue la función común de cubierta de la de espacio pisable y de disfrute reservado en exclusiva a los vecinos que cuentan con acceso directo de las mismas. Lo primero apunta a un elemento común esencial o por naturaleza. Vid., acerca de ello, el planteamiento que hace en torno a los elementos comunes propiamente dichos o esenciales RAMS ALBESA, J., *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal (art. 3)*, coordinado por CUADRADO IGLESIAS, M., Madrid, 2000, pág. 96.

(23) Vid., a este respecto, las anteriormente citadas SSAP de Soria, de 12 de enero de 2002; Ourense, de 30 de abril de 2002, y Murcia, de 3 de noviembre de 2005.

(24) La SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/199892), da la misma solución para el supuesto de terraza privativa (que es el caso juzgado) que para el de terraza común de uso exclusivo, señalando que «debe diferenciarse el supuesto singular de las cubiertas que, al mismo tiempo, constituyen terrazas transitables, cuya superficie puede hallarse incorporada a la de alguno de los pisos o locales, o bien permanecer como elemento común pero de uso exclusivo de alguno de estos, con la consecuencia de desplazar hacia el propietario individual la obligación de servirse de la terraza con arreglo a su destino, sin introducir alteraciones incontinentidas, y de velar por el mantenimiento de su superficie y elementos externos (tales como pavimento o embocaduras de canalizaciones), sin perjuicio del simultáneo deber que incumbe a la comunidad de propietarios de realizar las obras que afecten a los elementos estructurales, como las de impermeabilización de las capas estructurales o mantenimiento de las conducciones internas, siempre que no sean consecuencia de la negligencia o dolo del propietario privativo que disfruta su uso en exclusiva».

La SAP de Madrid, de 24 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/80742), declara la nulidad del acuerdo impugnado, que pretendía hacer recaer en el propietario del ático determinados gastos de impermeabilización de una terraza que tenía la consideración de elemento privativo. Entiende que los gastos son extraordinarios, «en tanto que afectantes a un elemento que cumple una función estructural de elemento de cubrición actuando en la práctica en beneficio común al defender del agua a los pisos inferiores, como lo es la impermeabilización existente

con definir la terraza como privativa, pues en este último caso todavía deberíamos distinguir entre el pavimento y la estructura de separación.

Si la terraza no es descrita expresamente como elemento privativo, su consideración como elemento común cobra fuerza (25). Es más, ante la duda, hay que presumir que tiene carácter común, correspondiendo la carga de la prueba a quien afirme lo contrario, según posición consolidada de la jurisprudencia (26). Es cierto que el artículo 396 del Código Civil no menciona a las

por debajo de ese solado, o como lo puede ser su entramado estructural...», debiendo la comunidad correr con dichos gastos.

La SAP de Madrid, de 15 de enero de 2008 (*JUR* 2008/99792), entiende que corresponde el pago de la impermeabilización de la terraza a la comunidad, aunque la terraza sea privativa.

En parecido sentido, la SAP de Ávila, de 12 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/356008), que tiene origen en la demanda interpuesta por el propietario del ático, impugnando el acuerdo comunitario por el que debía soportar de manera exclusiva las reparaciones de la terraza. Para el Tribunal, lo importante no es el carácter privativo o común de esa zona, sino que debe entenderse que cuando se afecta a elementos estructurales, cuya reparación o reposición se hace precisa, excede de las obligaciones del titular dominical del espacio privativo.

También puede citarse la SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (*RGD*, 1992, pág. 6143 y sigs.). Declara la Audiencia la validez del acuerdo comunitario, por el que la comunidad asumía el coste de la reparación de la tela asfáltica de la terraza privativa y el 50 por 100 del coste de la mano de obra necesaria para colocar las baldosas, en compensación por los inconvenientes que para los propietarios de la terraza supondrían las propias obras al tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica.

(25) El tema se presta a discusión, en cualquier caso. Para ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., *op. cit.*, pág. 17, cuando las terrazas a nivel no están específicamente comprendidas en la descripción de cada departamento, pero tienen acceso exclusivo a través de él, hay que entender que deben considerarse como privativas, aunque se haya olvidado describirlas como tal en el título constitutivo.

(26) En un caso concreto, para poder decidir si estamos ante un elemento común o privativo, hemos de analizar, en primer lugar, lo dispuesto en el título constitutivo o, en su caso, en los estatutos. A falta de regulación concreta, la jurisprudencia presume que todo lo que no aparezca definido como privativo se debe considerar común. Se lee, a este respecto, en la STS (Sala 1.ª) de 27 de febrero de 1987 (*RAJ* 1987/1001): «no habiendo sido expresamente reputada la terraza como parte privativa por la voluntad del titular de la propiedad (esto es, por el promotor, antes de iniciar las ventas o por la totalidad de los propietarios, sobrevenidas estas), debe la misma conceptuarse como elemento común. Ciertamente no es anejo en el sentido del apartado a) del artículo tercero, aunque así la califique el título nulo de 1971; ni tampoco es elemento común por naturaleza según la clasificación apuntada por la sentencia de 10 de mayo de 1965 y seguida por tantas otras, ya que, como cuida de resaltar el recurso, lo cierto es que el actor viene poseyendo y utilizando el piso de que es propietario sin precisar del uso comunal de la terraza como no sea con fines de cubierta o techumbre del edificio; la condición de elemento común por destino le viene dada porque no se le configuró como elemento privativo antes de iniciarse la venta de los pisos y locales, y, consiguientemente, no habiéndose establecido válidamente que haya de ser privativa ha de reputarse elemento común a causa de la copropiedad creada por aquella venta de pisos y locales y la extensión de la misma a todos los elementos que expresamente no se halle establecido o inequívocamente aparezca haberse reservado el vendedor como elementos privativos, caso de las viviendas y pisos todavía por vender». En la misma línea, STS (Sala 1.ª) de 14 de octubre de 1991 (*RAJ* 1991/6916), STS (Sala 1.ª) de 10 de febrero de 1992 (*RAJ* 1992/1199), STS (Sala 1.ª) de 29 de julio de 1995 (*RAJ* 1995/5922), STS (Sala 1.ª) de 17 de diciembre de 1997 (*RAJ*

terrazas cuando realiza una enumeración de los elementos comunes, pero ello no impide defender su carácter común si las consideramos como «cubiertas», elemento este que sí figura en el precepto citado. En este sentido se pronuncia la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (27): «El artículo 396 del Código Civil, en su párrafo 1.º, atribuye el concepto o carácter de elemento común a las “cubiertas”, lo que es confirmado por la Jurisprudencia (sentencias TS de 3-12-82, 25-5-84, 23-7-90, etc.). Por tales la Doctrina y la misma Jurisprudencia entienden a todos aquellos que limitan el edificio por su parte superior y que, si no es transitable, el término de cubierta es el apropiado, como lo es igualmente el de tejado; si, por el contrario, fuere practicable por estar destinado a ser pisado normalmente por las personas, entonces el término podría ser el de terraza o azotea, pero en uno u otro caso sigue sin perder su naturaleza de elemento común, pues la LPH, según la redacción que atribuyó el referido artículo, expresamente lo califica como tal».

Llegamos, pues, a concluir que la terraza del ático, en cuanto cubierta, tiene naturaleza común (28). Ahora bien, ello no impide que el propietario del ático tenga el uso exclusivo de la misma (29). En cualquier caso, la determinación del

1997/8780), SAP de Valencia, de 29 de julio de 2002 (*JUR* 2002/247500); SAP de Zaragoza, de 26 de julio de 2004 (*JUR* 2004/202511); SAP de Girona, de 10 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/101216), y SAP de Alicante, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/163901).

(27) *JUR* 2004/225961.

Afirma la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (*AC* 1999/2772): «Las terrazas están incluidas dentro del concepto genérico de “cubiertas” y por tal hay que entender aquellas cubiertas del edificio constituidas por material pisable y, en principio, como cubierta que es ha de ser considerada como elemento común, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil».

Por su parte, dice la SAP de La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (*EDJ* 1999/46397): «En la relación del mentado artículo 396 del Código Civil, vigente a la fecha de formalización del litigio, no se menciona, a diferencia de su actual redacción a las terrazas, sin embargo ello no impedía que doctrina y jurisprudencia viniesen admitiendo su posibilidad de inclusión con tal carácter, dentro de la categoría de “cubierta”, definida como aquel elemento común que limita el edificio por la parte superior, que cumple una función divisoria o de separación que sirve para la parcelación cúbica en pisos o locales, cubriendo o tapando el piso superior, de manera tal que si la misma está construida con tejas, no pisable, se llama tejado y si es pisable se denomina terrado o azotea y, en este sentido, las terrazas de los pisos superiores son cubiertas del piso inmediato inferior».

(28) Las cubiertas, dicen GARCÍA GIL, F. J. / GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de las comunidades de propietarios y su administración*, Navarra, 2005, págs. 27-28, «son la parte exterior de la techumbre de un edificio. Con frecuencia se utilizan indistintamente los términos cubierta y terraza, aunque se trata de conceptos distintos. Ocurre, sin embargo, que en no pocas ocasiones la terraza constituye a la vez cubierta de los pisos inferiores, en cuyo caso no sirve exclusivamente al propietario del piso que con ella comunica directamente, sino que es un elemento estructural del inmueble necesario para el aprovechamiento por los demás de sus respectivas propiedades singulares, destinto este que le confiere el carácter de elemento común».

(29) Es posible la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como las terrazas. Entre otras, SSTS (Sala 1.ª), de 7 de octubre de 1978 (*RAJ* 1978/3212), y de 23 de mayo de 1984 (*RAJ* 1984/2544); SSAP de Castellón, de 24 de septiembre de 2002 (*JUR*

uso exclusivo de un elemento común es un aspecto que genera, con frecuencia, conflictos, que surgen muchas veces por la no adecuada distinción entre lo que es el uso de un elemento común y el mantenimiento del derecho de propiedad a favor de la comunidad de propietarios. Habrá que averiguar, pues, lo que disponen el título constitutivo, los estatutos o los acuerdos a los que hayan podido llegar los propietarios por unanimidad, siendo incluso posible, según algunas sentencias, que nada se afirme en estos documentos y el uso exclusivo venga

2002/282125); Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655), y Asturias, de 1 de julio de 2004 (*JUR* 2004/225961).

Es de interés reproducir los argumentos de la STS (Sala 1.^a) de 30 de marzo de 2007 (*RAJ* 2007/1612), en la que tras afirmar que las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas «terrazas a nivel») tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, indica: «también ha señalado esta Sala que, dentro de los elementos comunes, cabe distinguir entre elementos comunes por naturaleza o esenciales, imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales; y por destino, o no esenciales, admitiéndose que estos últimos, entre los que se encuentran las terrazas comunitarias, pueden ser, por esta razón, “desafectados” de su destino común y dedicados a un uso privado o exclusivo, a favor de uno o varios de los propietarios de pisos o locales, excluyendo en ese uso al resto. La desafectación de elementos comunes no esenciales es posible en la medida que el artículo 396 no es en su totalidad de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (sentencias de esta Sala, de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), “lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean solo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras). La desafectación de un elemento común no esencial, como las terrazas, no implica que el bien deje de tener tal consideración; tan solo produce una variación respecto del uso del mismo que cabrían hacer todos los copropietarios con arreglo a su cuota, configurándose el uso privado o exclusivo como una excepción a lo que constituye regla general en el régimen de propiedad horizontal. En efecto, la Ley de Propiedad Horizontal establece un peculiar régimen dominical en virtud del cual, la propiedad singular y exclusiva de cada propietario sobre su piso o local se completa con la “copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes” (art. 3 LPH), entre los que se encuentran las terrazas que sirven de cubierta al edificio, y que en consecuencia, dicho régimen faculta a todo copropietario a servirse de los mismos en la forma que sancionan los artículos 394 del Código Civil y 9.6 LPH, esto es, conforme a su destino, y de manera que no perjudique a los intereses de la Comunidad ni impide a los copartícipes usarlas según su derecho. Pero, siendo aquella la regla general; si atendemos a que el artículo 5 LPH otorga al título constitutivo, entre otras, la función de disponer las “reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios (...)”, y que el artículo 13 LPH concede a la junta de propietarios la facultad de “4.º Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior”, en principio nada se opone a que, bien por medio de lo dispuesto originariamente en el título constitutivo, bien por razón de decisión de la junta de propietarios, pueda otorgarse el uso exclusivo de un elemento común a alguno o algunos de los comuneros y restringir el mismo en cuanto a otros». Repite el argumento la SAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2007 (*AC* 2007/225).

dado por la especial configuración y afección de la cosa, que hace que solo un propietario pueda acceder a ella (30). Los Tribunales distinguen perfectamente la naturaleza común de la terraza del ático y su uso y disfrute exclusivo por el propietario del piso (31), y así señala la SAP de Zaragoza, de 26 de julio de

(30) Lo pone de manifiesto con claridad la SAP de Las Palmas, de 14 de octubre de 2005 (*AC* 2005/2023): «...respecto a la terraza litigiosa, dada su ubicación y configuración, solo los dueños de la vivienda, sita en planta derecha cuarta, pueden acceder a la misma y usarla con normalidad, pues la única entrada con que cuenta dicha terraza está en el piso de los demandados. En los respectivos interrogatorios a que fueron sometidos los demandantes doña Estíbaliz, don Pablo y doña Irene, admitieron que a la terraza solo puede entrarse por la vivienda de don José María y que desde un principio los únicos que la habían usado eran los propietarios del piso adquirido por los demandados. Reconocen, pues, que la Comunidad nunca ha hecho uso de dicha parte del inmueble, si bien la señora Irene matiza que la utilización dada al mismo por los dueños de la vivienda de la planta cuarta derecha se ha basado en el permiso de los comuneros. Esta comunicación directa de la terraza con la referida vivienda, el hecho de que solo a través de la misma pueda hacerse un uso natural de aquella —corroborado por las fotografías aportadas con la contestación a la demanda como documento núm. 5— y la falta de interés de la Comunidad por aprovechar dicho espacio común, determinan la creación de un estado de cosas, previsible desde la construcción del edificio y evidenciable ante los compradores de sus pisos o locales, consistente en la atribución del uso exclusivo de la terraza a los propietarios de la vivienda sita en planta cuarta derecha. Así se desprende de la doctrina jurisprudencial evidenciada en las SSTs de 25 de mayo de 1984 y 17 de abril de 1998».

En la misma línea, podemos ver la SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/272550): «...a falta de determinación específica en las escrituras de propiedad de los pisos de los demandados, deben considerarse las terrazas colindantes con los mismos como elemento común del inmueble si bien dado el acceso y configuración de las mismas como de uso privativo atribuido a los respectivos propietarios y por ello sometidas al régimen legal que para tales elementos comunes establecen los precitados preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal».

(31) Se echa en falta, sin embargo, en algunas sentencias, una mayor precisión del supuesto, que evite confusiones. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Málaga, de 1 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/151763). La Audiencia estima el recurso de apelación y, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, absuelve a la parte recurrente de los pedimentos deducidos contra ella en la demanda. La vivienda de la actora había sufrido diversos daños por humedades y filtraciones provenientes de la vivienda situada en la planta superior propiedad de los demandados. La vivienda propiedad de los demandados era la inmediatamente superior al apartamento de la demandante. Dice la Audiencia: «Armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de considerarse que frente a los elementos comunes por naturaleza, como inherentes al derecho de propiedad sobre espacios delimitados de aprovechamiento común, y los elementos comunes por destino, cuales son aquellos anejos que se adscriben especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios, existen los elementos privativos de cada propietario sobre los cuales recae la obligación de aquel respecto a su mantenimiento, reparación y cuidado. En el presente caso, la terraza del piso de los demandados, aun cuando sea privativa, merece la calificación de elemento común del inmueble al servir al propio tiempo de cubierta del edificio...».

En el polo opuesto, tenemos la precisión y claridad de la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655): «Nos encontramos, por tanto, con un típico supuesto de terraza-cubierta, descrita en el título constitutivo como elemento común precisamente por su naturaleza de cubierta, pero cuyo uso y disfrute se reserva a los titulares, propietarios o poseedores, de la vivienda en la que la terraza se ubica».

2004 (32): «El estudio del recurso entablado contra la sentencia del Juzgado debe partir de unas consideraciones previas sobre la regulación que la Ley de Propiedad Horizontal hace de los elementos comunes y privativos, y la naturaleza específica que la Jurisprudencia ha venido otorgando a los espacios conocidos como terrazas, distinguiendo aquellos supuestos en que mantienen de manera íntegra su carácter comunitario de aquellos otros en que, aun revistiendo aquel carácter, ha sido asignado su uso privativo a algún comunero».

Las terrazas a nivel, aun cuando tenga el uso exclusivo un propietario, no dejan de ser un elemento común, pues integran la estructura esencial del edificio en cuanto cubierta del mismo. En este sentido se manifiesta la STS (Sala 1.^a) de 17 de febrero de 1993 (33), cuando afirma que: «las terrazas de los pisos de que se trata merecen la calificación de elemento común del inmueble, pues aun cuando su uso y disfrute corresponda en exclusividad al titular del piso a que pertenecen, está fuera de duda que sirven, al propio tiempo, de cubierta del edificio, con lo que, en el aspecto estructural, tienden a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad», posición que siguen,

(32) *JUR* 2004/202511.

(33) *RAJ* 1993/1239.

Es interesante también la argumentación de la SAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922): «Hemos de reseñar que la calificación de las terrazas como elemento común o privativo, si se encuentran “a nivel”, es decir, presentan una continuidad con el resto de la vivienda ha sido objeto de polémica doctrinal y controversias. En principio, podría considerarse como privativa, pues el hecho de tener salida propia y encontrarse dentro de los límites del piso y superficie —arts. 3 y 4 de la Ley de Propiedad Horizontal— comporta dicha calificación. Ahora bien, aunque se trata de suelo que es exclusivamente utilizado por el dueño del principal debe reputarse también como “techo” del local del edificio que se corresponde con un elemento común como ha señalado reiterada jurisprudencia —sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 1984, 3 de julio de 1989 y 14 de octubre 1991— que declara que aún cuando las terrazas no vienen recogidas *nominatim* en el artículo 396 del Código Civil, como elemento común, refiriéndose expresamente al vuelo y cubiertas, se trata de una enumeración solo indicativa que no contiene un *numerus clausus* definitorio de los elementos comunes de la propiedad horizontal.

En dicho sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1995, afirmaba que las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble —estas últimas llamadas terrazas “a nivel” tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil al mencionar entre ellos a las cubiertas (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992). Sin embargo, al no tratarse de una enumeración, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (SSTS de 23 de mayo de 1983 y 17 de junio de 1988), permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios —siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad—, puede atribuirse carácter de privativos —desafectación— a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras..., lo sean solo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio (SSTS de 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989). Mientras ello no se produzca desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la comunidad ha de mantenerse su calificación como comunes».

entre otras muchas, las SSAP de Barcelona, de 22 de diciembre de 2003 (34); Almería, de 26 de abril de 2004 (35); Cantabria, de 13 de julio de 2005 (36), y A Coruña, de 11 de junio de 2006 (37). Prevalece este criterio frente a otros posibles argumentos a favor de un pretendido carácter privativo (38); como bien dice la SAP de Cantabria, de 17 de junio de 1993 (39), a propósito del controvertido tema del carácter privativo o comunal de las terrazas-cubierta a nivel a las que tienen salida directa el último piso del inmueble, «en el plano puramente teórico, la doctrina se encuentra dividida entre quienes, atendiendo principalmente a la consideración de que este tipo de terrazas son fundamentalmente la cubierta del edificio, por más que sea pisable y susceptible de uso, a diferencia de las cubiertas inclinadas, entienden que, en principio, y salvo que otra cosa dispongan los estatutos, deben ser consideradas elementos comunes en virtud de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil —que expresamente contempla como tales a las cubiertas—; y quienes, minoritariamente, dando mayor relevancia a la circunstancia de ser esa terraza a nivel accesible solo para un concreto propietario, que puede así usarla y disfrutarla privadamente, entienden que deben ser consideradas elemento privativo perteneciente al piso en cuestión. La Sala entiende como más correcta en el plano doctrinal la primera de estas tesis, pero debe destacar que a la hora de resolver el caso concreto ha de estarse principalmente a lo que resulte de los propios Estatutos de la comunidad, en los que puede excepcionarse la calificación de dichas terrazas como elemento común» (40).

(34) *JUR* 2004/30475.

(35) *JUR* 2004/157995.

También puede verse la SAP de Almería, de 1 de febrero de 1993, citada por TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia (art. 396)*, coordinador: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., t. II, Madrid, 1995, pág. 484.

(36) *JUR* 2005/199075.

(37) *EDJ* 2006/53080.

(38) Como indica LÓPEZ FRÍAS, M. J., *op. cit.*, pág. 629, nota 17, «no olvidemos que de acuerdo a la realidad social, quien compra un ático, está pensando en comprar un “piso con terraza” y que, incluso para la Propiedad Horizontal, elemento privativo es aquello “susceptible de aprovechamiento independiente”. Por tanto, el acento hay que ponerlo en que la terraza es también cubierta que interesa arquitectónicamente a la Comunidad».

(39) *AC* 1993/1235.

(40) En el caso de autos: «aun cuando al describir el piso propiedad del demandado —según se hace en la demanda, al no haberse aportado el título de propiedad—, se califica la terraza en cuestión como “anejo” del piso “y en uso exclusivo”, lo que en una pura interpretación gramatical sirve de base fundamental a la oposición del demandado, son los propios Estatutos los que, en su artículo segundo, con su remisión, sin salvedad alguna al respecto del artículo 396 del Código Civil, consideran la cubierta del edificio, configurada en parte por la terraza litigiosa, como elemento común; y nuevamente hacen tal calificación en su artículo tercero, en que expresamente se mencionan las terrazas existentes en la undécima planta como elementos comunes, atribuyendo coherentemente con ello los gastos de mantenimiento ordinario a todos los propietarios del inmueble. Tal conjunto de datos obliga a afirmar que

El tema de las reparaciones se hace más complejo cuando la terraza es elemento común pero su uso ha sido atribuido en exclusiva al propietario del ático (41). Como vamos a ver seguidamente, habrá que averiguar la causa del desperfecto, para poder, con posterioridad, saber si la responsabilidad de su reparación recae sobre la comunidad de propietarios (42) o sobre el propietario que tiene derecho a usar la terraza.

Lo determinante no es tanto la titularidad privativa o común de la terraza, sino la naturaleza del gasto a satisfacer, lo que se conecta con el tipo de reparación (43). Esta es la forma correcta de resolver la atribución del coste. Por ello, puede ocurrir que responda la comunidad incluso cuando la terraza es privativa, porque en estos casos, como bien dice la SAP de Madrid, de 17 de diciembre de 2007 (44), la terraza queda integrada por dos partes perfectamente distintas: una, cuya naturaleza privativa no se discute, de carácter interno destinada al uso y disfrute exclusivo del dueño del piso; otra externa, de naturaleza común, cuyo fin es el de revestir el edificio, y añade que «todas aquellas actuaciones que sean precisas realizar sobre tal elemento, cuyo fin sea el de conservar, mantener o mejorar su función de cubierta, revestimiento o techado del edificio y no tengan causa en un uso negligente de aquel condueño que la usa o disfruta de forma exclusiva, serán de cargo exclusivo de la comunidad, en atención a lo expuesto anteriormente pues forman parte estructural del edificio y, por ende, tienden a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad».

la terraza que nos ocupa, aun cuando sea de uso exclusivo y excluyente del propietario del piso a través del que se accede a ella, es un elemento común del inmueble cuya propiedad indivisa pertenece a todos los copropietarios...».

(41) La posibilidad de elementos comunes de uso privativo de uno o varios de los partícipes —vg., las terrazas—, «supone, por un lado, reconocer una realidad incuestionable, pero, por otro, insertar una dificultad añadida en el sistema, de suyo complejo, de conservación y reparaciones». Son palabras de TORRES LANA, J. A., *op. cit.*, págs. 368 y 369.

(42) No debe sorprender que la comunidad pueda responder, según el tipo de reparación que deba realizarse. Como se dice en la SAT de Burgos, de 6 de mayo de 1985 (*RGD*, 1986, pág. 3421 y sigs.), «la cubierta de la terraza tiene la condición de elemento común, dentro del régimen de la propiedad horizontal, puesto que el interés en la buena conservación y mantenimiento de la misma, acoge por igual a todos los copropietarios, y no puede decirse que afecte únicamente a aquellos que se encuentran precisamente debajo de la misma, por cuyo motivo todos los gastos que sean necesarios realizar para el buen mantenimiento de la cubierta, deberán redistribuirse entre los distintos propietarios que integran la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal, condición que no pierde, aunque se trate de una terraza y su uso se adscriba con carácter exclusivo a los propietarios de los pisos que tienen acceso directo a ella, y no sería justo que estos propietarios fueran exclusivamente los responsables de su mantenimiento, cuando los beneficiarios de su buen estado es la totalidad de los comuneros...».

(43) Es el planteamiento de la SAP de Lleida, de 30 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/317396).

(44) *JUR* 2008/90708.

Vid. también el mismo enfoque en la SAP de Madrid, de 15 de octubre de 2007 (*JUR* 2007/362959).

En definitiva, la consideración de la terraza como elemento privativo del titular del ático o como elemento común de uso exclusivo, no exime a la comunidad de propietarios de responsabilidad en cierto tipo de obras (45).

III. NATURALEZA DE LAS REPARACIONES Y CRITERIOS DE REPARATO DE LOS GASTOS

1. ORIENTACIÓN DE ESTUDIO

Dedicamos este apartado a la problemática que suscita la determinación del sujeto responsable de sufragar los gastos de mantenimiento y reparación de las terrazas.

La atribución a favor de un copropietario del disfrute exclusivo de un elemento común (en nuestro caso, la terraza) le obliga, en principio, a realizar las reparaciones derivadas de un uso ordinario y del mantenimiento regular de tal elemento; y a la comunidad corresponden las de tipo estructural, denominadas también obras a la gruesa o reparaciones extraordinarias (46). Al margen, claro

(45) Se dice en la SAP de La Coruña, de 7 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/64056) —dictada para un supuesto de filtraciones procedentes de la terraza de la planta primera del inmueble— que «la naturaleza mixta de dicho elemento común, que se constituye como de aprovechamiento exclusivo en beneficio de los propietarios de los pisos primero derecha e izquierda de la comunidad demandada, y por otra parte su condición de cubierta del inmueble, conlleva a que se haya dictado un cuerpo de doctrina jurisprudencial, que asigna al titular de la vivienda los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento y, más concretamente, las que afectan a su superficie o pavimento, y a la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, cuales las de impermeabilización, cambios de desagües, etc., siempre y cuando tales daños no sean causados por la negligencia o dolo del titular del piso a cuyo nivel se encuentran. Y en este sentido, se ha expresado esta Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en las sentencias de 11 de julio de 1990 y 5 de febrero de 1996, señalándose en esta última: “que el carácter privativo o común de las terrazas litigiosas no era determinante a los efectos pretendidos en el proceso, que en el presente caso son las reparaciones necesarias de las terrazas para que no sigan produciéndose filtraciones que afecten al bajo del cual las terrazas constituyen la cubierta, siendo ello así porque las filtraciones no se producen como consecuencia del uso inadecuado de las terrazas, sino de importantes defectos constructivos que no pueden ser atribuidos a los propietarios de los pisos primeros, y porque, como queda dicho, las terrazas son la cubierta del bajo del inmueble. Esto último determina que, al igual que ocurre con todos los elementos estructurales de un edificio aunque se encuentren dentro de un piso o local privativo, haya que atender, cuando se trata de afrontar la realización de obras, no al carácter del elemento en que tienen que ser realizadas sino al de dichas obras”».

(46) Como dice ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (art. 10), coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Pamplona, 2007, pág. 315, «esta clasificación de las reparaciones en función de su carácter ordinario o extraordinario tiene particular incidencia en los casos de reconocimiento del uso exclusivo sobre elementos comunes a favor de alguno o algunos de los propietarios. En estos supuestos la obligación básica que tiene

está, de los desperfectos que traen causa del mal uso por el propietario del ático (por ejemplo, humedades por falta de limpieza de los sumideros) (47), cuya reparación debe asumir, sin entrar en mayor detalle acerca de la naturaleza de la reparación misma. Adelantamos, así, la conclusión que cabe extraer del estudio de la jurisprudencia (48), que es la que verdaderamente ha proporcionado la solución, pues lo cierto es que la Ley de Propiedad Horizontal no contiene una regulación específica de un tema tan concreto como este (49).

Estas afirmaciones, hechas con carácter general (50), requieren, sin embargo, su adaptación al caso concreto. Creemos, por ello, que será más útil entrar

el beneficiario es la de atender y cuidar el elemento común, debiendo costear todas aquellas obras de conservación o reparación que se deriven del uso o disfrute ordinario de la cosa. Como contrapartida, es la comunidad quien debe soportar el coste de las reparaciones extraordinarias, salvo que las mismas fueran fruto de la actuación negligente del titular del uso exclusivo».

En términos similares, vid. también DÍAZ MÉNDEZ, N., «Derechos de uso y disfrute de elementos comunes», en *Propiedad Horizontal*, director: DÍAZ MÉNDEZ, N., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 61.

(47) La SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de abril de 2008 (SP/SENT/168532) pone como ejemplos de falta de diligencia o cuidado del propietario el hecho de taponar o permitir por su desidia que se obturen los desagües o realizar obras que afecten, dañándolas, a las canalizaciones que discurren bajo la cubierta.

(48) Al respecto, GARCÍA GIL, F. J., «Los gastos comunes. Contribución a su sostenimiento», en *Propiedad Horizontal*, director: DÍAZ MÉNDEZ, N., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 112.

(49) En cambio, el Derecho Civil catalán, como veremos más adelante, opta por una regulación específica: vid., a este respecto, el artículo 553-42.3 del Código Civil catalán.

(50) Vid., por ejemplo, la SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/299138). Las filtraciones provenían de la terraza que sirve de cerramiento al edificio, a consecuencia del montaje de una barbacoa. La solución, según dice la Audiencia, «consiste en atender a la naturaleza de los gastos a satisfacer, que está en relación con la índole de la reparación a efectuar, es decir, si son ordinarios o normales, de conservación o uso, en cuyo caso corresponde a los usuarios de la terraza, o si son extraordinarios, en cuyo caso si el elemento a reparar cumplía función estructural de elemento de cubrición en la práctica como elemento común, al defender del agua a los pisos inferiores, todos deben contribuir a costear la reparación». Se desestima la demanda, no considerándose acreditado que las filtraciones se haya producido por el mal estado de impermeabilización de la terraza. La demanda fue interpuesta por una compañía de seguros, que había indemnizado a su asegurado, contra otra entidad aseguradora, que aseguraba la responsabilidad civil de la comunidad de propietarios.

También, con anterioridad, la SAP de Madrid, de 2 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/60885): «...por las propias características de esta terraza todos aquellos gastos necesarios para mantener en perfecto estado y uso la misma, serán de cuenta de la señora G. L., en cuanto poseedora inmediata de la misma, que debe hacer un uso correcto y adecuado de aquella, en tanto que se puedan conceptuar como gastos ordinarios necesarios para el mantenimiento de esta terraza, resultando que aquellos gastos de carácter extraordinario devengados por el carácter estructural que dicha terraza tiene, en cuanto a que sirve de cubierta a otras viviendas integradas en la comunidad de propietarios, deben ser satisfechos por esta última». Se trataba de una terraza-ático, elemento común, pero de uso exclusivo. No se condena a la comunidad, que resulta absuelta, porque la comunidad había ya reparado con anterioridad los desperfectos; en concreto la comunidad procedió a una serie de obras de impermeabilización de la terraza del inmueble, para evitar precisamente las filtraciones a las que se refería el demandante.

en el estudio de los casos decididos por la jurisprudencia. No sirve de ayuda distinguir dos tipos de gastos o de reparaciones, si no acertamos a determinar su significado y quizás la mejor manera de hacerlo es estudiando la casuística jurisprudencial; la sustitución de la tela asfáltica, por poner un ejemplo clásico, ¿es reparación ordinaria o extraordinaria? En principio, diríamos que es un gasto extraordinario, pues implica un cambio o sustitución de un elemento, pero deberíamos comprobar la respuesta con lo decidido por los Tribunales.

El problema planteado tiene, por otra parte, una indudable consecuencia procesal. Al fin y al cabo, las dudas que aquí se producen pueden determinar que se demande a quien finalmente no es declarado responsable, lo que probablemente acarreará la condena en costas (51). Añádase que las causas del

Otras veces, las indicaciones son más concretas y lógicamente ayudan más al intérprete. Así sucede en la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (AC 1999/2772), cuyo razonamiento repite la SAP de Alicante, de 1 de junio de 2005 (JUR 2005/203858) en los términos siguientes: «...debe indicarse que la consideración de las terrazas a nivel como elemento privativo de los titulares del piso a cuyo nivel se encuentran o desde el cual se accede a las mismas, es criterio predominante el que asigna al titular de la vivienda los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento como tales terrazas y, más concretamente, las que afectan a su superficie o pavimento, y a la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, cuales las de impermeabilización, cambios de desagües, etc., siempre y cuando tales daños no sean causados por la negligencia o dolo del titular del piso a cuyo nivel se encuentran (SSTS de 14 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1993 y 17 de diciembre de 1997), y por último, la utilización exclusiva de esta zona de terraza por los codemandados, aunque esta fuere comunitaria, y las resultas de su falta de cuidado o negligencia no son atribuibles a la comunidad de propietarios, y así lo declara la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales (Pontevedra, Sala 6.ª, de 14-4-02; Burgos, Sala 3.ª, de 18-1-1999; Madrid, Sala 11.ª, de 11-10-1999; Zaragoza, Sala 2.ª, de 19-11-2001; Málaga, Sala 5.ª, de 15-9-2000; Palencia, de 20-12-1999; La Coruña, Sala 4.ª, de 30-9-1999)». Resulta, en esta línea, bastante gráfica la SAP de A Coruña, de 11 de junio de 2002 (EDJ 2002/53080), cuando dice que la obligación de los propietarios de los pisos se circunscribe a la superficie de las terrazas, pero no a la tela asfáltica o lo que está debajo. Más recientemente, dice la SAP de Lleida, de 30 de mayo de 2008 (JUR 2008/317396): «...si se trata de gastos ordinarios o normales, de conservación o uso, serán de cargo de los usuarios de la terraza; si son extraordinarios y afectan a la terraza como elemento común en cuanto la terraza cumple función estructural de elemento de cubrición, todos deben contribuir a costear la reparación, que será de cargo de la comunidad. También se dice que el titular de la vivienda ha de hacerse cargo de los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento como terrazas, por afectar a su superficie o pavimento, y la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, como serían los casos de impermeabilización, cambios de desagües y similares salvo que tales daños sean causados por dolo o culpa del titular del piso a cuyo nivel se encuentran».

(51) Así, en concreto, puede verse la SAP de Málaga, de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2006/151763). La Audiencia estima el recurso de apelación y revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia absuelve a la parte recurrente de los pedimentos deducidos contra ella en la demanda. La vivienda de la actora había sufrido diversos daños por humedades y filtraciones provenientes de la vivienda situada en la planta superior propiedad de los demandados. La vivienda propiedad de los demandados era la inmediatamente superior al apartamento de la demandante. Dice la Audiencia: «Armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de considerarse que frente a los elementos

deterioro o desperfecto no estén excesivamente claras en muchos casos, lo que hace inevitable la prueba pericial.

Retomando el hilo conductor, en este concreto apartado habrá de estarse a lo pactado en el título constitutivo o en los estatutos y, en su defecto, aplicar las reglas que sobre conservación y reparación de las terrazas se han ido dictando por los Jueces y Tribunales (52).

2. PREVISIONES ESPECÍFICAS

La lectura de las sentencias nos permite extraer una primera conclusión, que no es otra que la importancia que puede tener establecer una previsión específica en el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, y que esta fuese lo más concreta y detallada posible. No hay que olvidar el papel de la

comunes por naturaleza, como inherentes al derecho de propiedad sobre espacios delimitados de aprovechamiento común, y los elementos comunes por destino, cuales son aquellos anejos que se adscriben especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios, existen los elementos privativos de cada propietario sobre los cuales recae la obligación de aquel respecto a su mantenimiento, reparación y cuidado. En el presente caso, la terraza del piso de los demandados, aun cuando sea privativa, merece la calificación de elemento común del inmueble al servir al propio tiempo de cubierta del edificio, con lo que, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1993: «en el aspecto estructural, tiende a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad», de tal forma que el propietario de la terraza que al propio tiempo es cubierta del edificio, como el usuario exclusivo de una terraza que no tiene el derecho de propiedad, estará obligado a reparar solo los daños ocasionados por el uso que hacen de dicha cubierta, tanto los que se producen por el uso ordinario como los que se produzcan por el mal uso o uso indebido, pero no los que son atribuibles a vicios ruínógenos (STS de 11 de octubre de 1993), ruina que puede deberse tanto a la mala ejecución, como al mero paso del tiempo. En el presente caso, ante la disyuntiva de cual pueda ser la causa de las filtraciones en el piso inferior, se descarta el mero transcurso del tiempo por tratarse de un edificio de reciente construcción, y respecto de las otras causas posibles, las sentencia de instancia resuelve que la misma reside en la defectuosa impermeabilización de la terraza, y a la misma conclusión llega esta Sala a la vista de las pruebas practicadas, especialmente de la testifical de don Jesús Carlos e informe pericial de don Gustavo, pues en este ya se apunta dicho hecho como la posible causa de las filtraciones al piso inferior. No obstante, partiéndose de este hecho probado, debe acogerse el recurso formulado pues si las filtraciones no tienen su causa en ningún actuar negligente de los propietarios de la terraza sino en el defectuoso estado del forjado, que conforme a tal fin sirve, constituye parte estructural de la cubierta, al no concurrir la culpa de aquellos, tampoco nace su obligación de reparar el mal causado, y así lo resuelve la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1993, al decir que resulta evidente que como las obras de reparación tendrían a suprimir filtraciones de agua y humedades derivadas de determinados vicios constructivos, las mismas excedían de las naturalmente debidas al uso y conservación de la cosa». Resultan, por tanto, absueltos los propietarios de las viviendas desde las cuales se habían producido las filtraciones.

(52) Vid. este planteamiento en FUENTES LOJO, J. V. / FUENTES-LOJO LASTRES, A. / BUFETE FUENTES-LOJO, *Comentarios a la Ley Estatal de Propiedad Horizontal*, t. II, Barcelona, 2009, pág. 1171.

autonomía privada, al margen de lo que pueda disponer la Ley de Propiedad Horizontal en sus artículos 9 (obligaciones del propietario) y 10 (obligaciones de la comunidad). Nada impide, por otra parte, que los propietarios, respetando el régimen de adopción de acuerdos (art. 17 LPH), dicten sus propias normas sobre los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de las terrazas, así como los gastos de sustitución o cambio de elementos, perfilando las diferentes hipótesis y la forma en que debe efectuarse la atribución y reparto de los mismos, y que lo hagan incluso con criterios distintos a los que se derivan de los artículos 9 y 10 LPH.

En la STS (Sala 1.^a) de 10 de octubre de 1993 (53), se declara la validez de la cláusula contenida en la escritura de división horizontal, con arreglo a la cual se atribuían a determinados copropietarios los gastos de reparación de la cubierta. Para el Tribunal Supremo una cosa es que la cláusula sea válida y otra que deban reparar los daños que ahora se reclaman, que son atribuibles a vicios ruinógenos, por lo que, aun siendo válida tal cláusula, recae sobre la comunidad la obligación de reparar los daños de la cubierta. Dice el Supremo: «la reiterada cláusula, aun siendo válida, no atribuye a los usuarios de la cubierta los gastos de reparación que, como los que son objeto de esta litis, no son imputables al uso que de ello se haga por los actores, por lo que no cabe concluir otra solución que su atribución a la comunidad denunciada».

El análisis del título de constitución de la propiedad horizontal es lo que permite en la SAP de Guipúzcoa, de 29 de enero de 1998 (54), concluir que se atribuye a las terrazas carácter privativo, estableciéndose además que «los gastos de conservación de las terrazas y arreglos de goteras corresponden por mitad a los dueños de los pisos a los que pertenecen y los locales a la comunidad de propietarios», llegando, en consecuencia, a afirmar que «ya sean los gastos realizados de conservación u ordinarios o más bien extraordinarios en virtud de lo que expresamente se explicita en las normas de condominio, en ningún caso cabrá condenar a la comunidad de propietarios».

En la SAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (55), el acuerdo relativo a las «responsabilidades ante desperfectos que puedan producirse en la cubierta de la finca que al mismo tiempo es terraza o ático de propiedad y uso exclusivo de un propietario (según título constitutivo) y cause perjuicio a uno o unos propietarios de viviendas situadas bajo la terraza» disponía que «cuando por desgaste del pavimento, u otros motivos se originen molestias con goteras y desperfectos a las viviendas inferiores, corresponde al propietario del ático que tiene su uso y propiedad, costear las reparaciones. Las causas pueden ser la rotura de ladrillos del pavimento, zócalos laterales, o tela o líquido asfáltico

(53) RAJ 1993/8179.

(54) AC 1998/4187.

(55) AC 1998/1807.

considerados accesorios del pavimento)», reservando la responsabilidad de la comunidad en la reparación de defectos cuando procedan de la estructura intermedia de la cubierta o terraza, como puede ser vigaje, forjados, columnas, tuberías interiores, etc., es decir, elementos de propiedad común de la finca.

En la SAP de Asturias, de 23 de octubre de 2001 (56), se habían producido filtraciones en la vivienda de la demandante, que procedían de las terrazas de viviendas situadas en el piso superior: «lo que se discute es si las terrazas y las obras de reparación a ejecutar son elementos comunes de los que deba responder la comunidad o privativos y por tanto la responsabilidad por lo ocurrido incumbe a los propietarios es menester destacar que el título constitutivo (escritura de 2 de octubre de 1978) con claridad establece (apartado octavo) que las terrazas son de uso y disfrute exclusivo de los propietarios de los pisos donde se ubican, añadiendo que todos los gastos de conservación, así como las obras de reparación son de cuenta del propietario que las utilice, quien vigilará expresamente el desagüe de las mismas (fuente de los daños según el perito), a fin de que no haya humedades de agua ni filtraciones para los pisos inferiores. Solo las obras extraordinarias, al conservar la atribución de elemento común, serán de cuenta de la comunidad, entendidas las reparaciones extraordinarias, continúa diciendo el título, las ocasionadas por fuerza mayor o defecto de los materiales o de la construcción mientras que las ordinarias son derivadas del uso normal de la terraza». La Audiencia entiende que «el título es la norma que rige el funcionamiento de la comunidad en cuanto sus postulados no vulneren la Ley, imponiendo su regulación a todos los comuneros (y la demandante lo es), cual declara la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 y de 6 de febrero de 1989, etc.), pudiendo pactarse en él la condición común o privativa de elementos como las terrazas (sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 24 de octubre de 1978) o el uso exclusivo por ellas de algunos propietarios, delimitándose el grado de intervención y responsabilidad en dichos elementos y en los daños que puedan derivarse de su uso, cual aquí ocurre, en el que se distingue la dualidad de responsabilidad y atención a las reparaciones ordinarias y a las extraordinarias, enumerándose estas, como igualmente se estipula la obligación de efectuar las obras de reparación y mantenimiento encaminadas a evitar daños por filtraciones o humedades a los predios inferiores, que es precisamente el caso que los ocupa y el título encomienda a los que utilizan en su exclusivo provecho las terrazas y no a la comunidad. Esta Sala, en sentencia de 7 de octubre de 1994 y de 3 de septiembre de 1998, ha dicho que, incumbe efectuar las obras de reparación y mantenimiento que impidan causar daños a terceros. En el presente y como quiera que los daños, conforme la propia prueba de la demandada se deben

(56) *JUR* 2002/17065.

a modificaciones realizadas por los usuarios de la terraza, que no implican variación o alteración externa del edificio (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989) y que se encuentran calificadas como ordinarias en el título a cargo de los propietarios de los predios donde se ubican las terrazas, que las usan en su provecho y no de la comunidad, quienes tienen también asignado imperativamente el deber de evitar las filtraciones y humedades en los pisos inferiores, que pueden proceder de las terrazas, patente es la falta de acción contra la comunidad y la necesidad de analizar los hechos, de acuerdo al artículo 1902 y 1910 del Código Civil, frente a partes distintas, pues no se trata por último de infracción achacable a la demandada, de los deberes de mantener la seguridad y estanqueidad estructural del inmueble a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción actual, sino a la pura reparación de elementos de uso privativo, como el pavimento de las terrazas por obras ejecutadas por los propietarios que las disfrutaban, de las que se derivan daños para otros, todo lo cual obliga a la acogida del recurso y revocación de la apelada».

En la SAP de Madrid, de 6 de octubre de 2003 (57), se dice lo siguiente: «los Estatutos de la comunidad de propietarios, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, declaran que “las terrazas igualmente delimitadas y colindantes con los pisos superiores, aunque de propiedad común, serán de uso exclusivo de los propietarios de los referidos pisos, responsabilizándose en cambio de su limpieza y conservación”». Y más adelante, se afirma: «Sobre el deber de mantenimiento de los elementos comunes, y en concreto para las terrazas descritas, corresponde por virtud del mandato de los Estatutos, según se ha transcrito, a los propietarios que detentan el uso exclusivo; pero esta obligación abarca únicamente los elementos integrados en la propia terraza, como lo son las perforaciones-sumideros ubicados en su superficie, y se limita a tareas de mera conservación. Por tanto no se incluyen otros elementos constructivos, como las cazoletas adosadas a la fachada y el colector a que se refiere el informe pericial, ni se impone al propietario deberes que excedan del simple mantenimiento o conservación». El informe pericial constata que el origen de las humedades se encuentra en una defectuosa disposición de los desagües que origina que parte del agua desaguada de la terraza se estanque en las cazoletas y se filtre por el forjado y parte se filtre a través de la cazoleta desfondada, provocando un reguero de agua en la fachada, en alusión a los desagües y cazoletas que se encuentran, no en la superficie de la terraza, sino en la fachada posterior de la vivienda, lo que conduce a ratificar la atribución de su mantenimiento y conservación a la comunidad de propietarios. En concreto, señala la Audiencia: «Como expresa la sentencia recurrida, en su

(57) *JUR* 2003/258832.

quinto fundamento de derecho, el daño material no deriva del uso inadecuado o defectuoso mantenimiento de la terraza, y su subsanación requiere además la impermeabilización de las perforaciones de los sumideros y la sustitución de las cazoletas rotas, reparando en su caso las conexiones con el colector; por lo que, vista la ubicación del origen del daño, así como la naturaleza de los trabajos a realizar, la comunidad de propietarios es la única obligada por aplicación de los artículos 5, 10, 13.3 y 18.3 LPH».

Distinto a los anteriores es el caso decidido por la SAP de Pontevedra, de 25 de noviembre de 2005 (58), en el que la reparación de la terraza corre a cargo del comunero por el compromiso adquirido por él al serle autorizado el cierre de la terraza: «desde la óptica jurídica, debe entenderse que las terrazas en cuestión constituyen elementos comunes de uso privativo, repartiéndose los gastos ordinarios de mantenimiento a sus propietarios, y los gastos extraordinarios o estructurales a la comunidad, a los efectos dispuestos en los artículos 9 y 10 LPH. En el caso enjuiciado la propia comunidad admite de principio, en Junta celebrada el 29-8-1985, el obligado acometimiento de obras de reparación de terrazas, reconociéndose tácitamente el carácter extraordinario del gasto planteado. Pero a continuación se plantea y acuerda por unanimidad la solución concertada de autorizar la reconfiguración de los áticos a cambio de la asunción por estos de la expresa obligación de reparar todo origen de humedades con adecuado saneamiento e impermeabilización de los primeros. No se trata, por tanto, de entrar en elucubraciones respecto a la condición privada o común de las terrazas, sino de obligar a los propietarios de los áticos demandados a que, simplemente, cumplan con el compromiso asumido, clara y voluntariamente, frente a la comunidad al amparo del artículo 1255 del Código Civil, en la actualidad todavía incumplido de modo patente. Máxime cuando, como se dijo, la doble pericial centra el origen a las filtraciones en los tabiques divisorios de terrazas, lo que determina la responsabilidad y condena de los propietarios de los áticos codemandados, en aplicación de los artículos 9 LPH y 1902 del Código Civil». Condena, en consecuencia, la Audiencia a los propietarios de los áticos a reparar los daños causados en la vivienda de la actora, que demandó a la comunidad (que resultó absuelta) y a los propietarios de los áticos (que sí fueron condenados).

Parecido al anterior es el supuesto enjuiciado en la SAP de Asturias, de 25 de noviembre de 2005 (59). El propietario perjudicado por las filtraciones de su vivienda demandó a la titular del ático que tenía el uso exclusivo de la terraza comunitaria. La Audiencia reconoce que la causa de las filtraciones se halla en elementos estructurales, y no en el uso y mantenimiento hecho por la demandada, por lo que, en principio, se derivaría responsabilidad para la

(58) *JUR* 2006/20740.

(59) *JUR* 2006/689.

comunidad (60). Sin embargo, advierte que se celebró una junta extraordinaria de dicha comunidad en la que la demandada, a cambio de la concesión del uso exclusivo de la azotea, se obligó a la reparación de la cubierta de la cuarta planta (que no podía ser sino la terraza), corriendo de su cuenta todos los gastos originados por la reparación. Para el Tribunal, «dicho pacto, que fue suscrito por unanimidad de los asistentes a la Junta, no puede sino interpretarse en el sentido de la asunción por parte de doña Melisa de la obligación de costear las obras precisas para el arreglo de la cubierta (terraza), sin que se consignase otra cosa, por lo que ha de entenderse tal obligación sin límite ni cortapisa, como tampoco se señaló respecto a la contrapartida por ella solicitada. Quiere esto decir que el demandante, lógicamente conocedor de tal pacto e interesado en su cumplimiento al ser miembro integrante de la comunidad, dirigió su acción frente a quien venía obligada a su cumplimiento en cuanto responsable de la reparación en el punto concreto a que la litis se refiere y, por ende, de los daños causados». La obligación de la propietaria del ático deriva de este pacto, y por ello resulta condenada a la reparación, ratificando la Audiencia, aunque con distinta argumentación, la sentencia de instancia (61).

En la SAP de Granada, de 21 de abril de 2006 (62), el título constitutivo establecía que «en las terrazas de los pisos áticos será sufragada su conservación por el propietario del piso al que pertenece, siendo también de su cuenta todas las reparaciones que ocasionan los daños causados por el mal uso de esta. No obstante, las reparaciones que sean debidas a haber transcurrido el plazo de garantía de la impermeabilización, serán satisfechas por los propietarios de los pisos y locales en proporción a su cuota». El Tribunal decide que han de ser consideradas como obras de conservación o mantenimiento las que afectan al revestimiento deteriorado por el ambiente marino —en concreto, la pérgola, jácenas y pilares han sido objeto de picado en zonas afectadas, limpieza y pa-

(60) «El informe pericial aportado describe la vivienda propiedad de la demandada como tipo ático con una amplia terraza impermeabilizada con una o varias láminas, y desde la que a través de una escalera metálica se accede a una azotea que resulta ser la cubierta de dicho ático.

El señor perito describe como correcto el estado de mantenimiento y conservación de dicha terraza, observando fisuras en su superficie debidas a asientos diferenciales en la estructura del edificio, denotando un pandeo o flexión en los forjados motivado por la fatiga de los materiales de los que están conformados, todo lo cual ha podido afectar a los materiales impermeabilizantes de la terraza.

Resumiendo lo expuesto, no cabe duda tanto del carácter de elemento común de la terraza como la causa de las filtraciones, no debida a un inadecuado mantenimiento sino a la propia situación estructural de la finca...».

(61) «La señora juez de instancia dictó sentencia en la que, tras rechazar la alegada excepción de falta de legitimación activa, acogió la demanda, y ello en base al criterio de la responsabilidad objetiva fijado en el artículo 1910 del Código Civil, tras razonar el carácter de elemento común de la terraza, si bien de uso exclusivo de la demandada, así como que la causa de las filtraciones lo era el pandeo o flexión de los forjados».

(62) SP/SENT/96232.

sivado de las armaduras, revestimiento y pintado—, correspondiendo las mismas al propietario de la terraza.

En la SAP de A Coruña, de 18 de mayo de 2006 (63), figuran en la escritura de obra nueva y división horizontal dos cláusulas del siguiente tenor: «Los gastos de reparación y conservación de las terrazas producidos por el uso normal de las mismas, serán satisfechos exclusivamente por los dueños de los pisos que tengan terraza unida, debiendo mantenerlas en perfectas condiciones de limpieza y quedando prohibido a los dueños de los pisos altos verter objetos a las mismas» (64), y «todos los demás gastos de conservación y reparación de los elementos comunes serán satisfechos por los distintos propietarios en proporción a la cuota de participación asignada a cada uno de ellos en el valor total del inmueble». Decide la Audiencia, en concreto, que las obras de impermeabilización corresponden a la comunidad de propietarios: «a ningún propietario le es exigible que ejecute a costa de su patrimonio obras en elementos comunes del inmueble al margen de su contribución conforme a su cuota de participación fijada en el título constitutivo. No le podemos hacer, por consiguiente, responsable, a costa de su propio y exclusivo pecunio, de las reparaciones correspondientes a colocar una capa de impermeabilización bajo la baldosa (al haber advertido el perito señor Leonardo que la solución de hacerlo sobre el solado sería una solución temporal y no definitiva), a sustituir y revisar el sumidero y su conexión con la bajante de forma que el desagüe sea suficiente a la aportación de aguas que pueda tener la cubierta, a sellar debidamente los tubos de ventilación, a colocar en aquellos una caperuza en su terminación para evitar la entrada directa de agua y a reparar el tabique divisorio en debida forma para evitar filtraciones en su encuentro con el solado. Consideramos que dichas obras son propias de la comunidad demandada».

Estimamos que los Tribunales, antes de decidir la cuestión que les sea planteada, deberán estudiar cada supuesto examinando el título constitutivo, los estatutos y los acuerdos comunitarios. En ausencia de una previsión específica, resulta de utilidad distinguir dos posibles situaciones, según se impute el coste a la comunidad o al propietario, a la que podemos añadir una tercera, en la que el coste es de ambas partes.

(63) *JUR* 2006/165407.

(64) Para la Audiencia, se asigna a los titulares de los pisos que tengan terraza unida el uso exclusivo de ellas, «y en contrapartida lógica y natural, asumen el mantenimiento y reparación ordinaria de la referida terraza, debiendo conservarla en perfectas condiciones de limpieza...».

3. OBRAS QUE ASUME LA COMUNIDAD

Las obras de carácter extraordinario, que exceden del uso y conservación de la cosa, deben ser asumidas por la comunidad. La STS (Sala 1.^a) de 17 de febrero de 1993 (65), constituye una referencia importante en esta materia. El origen del caso son unas filtraciones de agua y humedades que se produjeron en las viviendas de los actores. Para el Tribunal Supremo, «resulta evidente que como las obras de reparación tendían a suprimir filtraciones de agua y humedades derivadas de determinados vicios constructivos, las mismas excedían de las naturalmente debidas al uso y conservación de la cosa».

La norma que permite declarar la responsabilidad de la comunidad la encontramos en el artículo 10.1 LPH, conforme al cual «será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad» (66). La mayoría simple será la requerida para la aprobación de estas obras, siendo aplicable la regla 3.^a del artículo 17 LPH (67).

Las obras se costean, en principio, por los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas (68), aunque no puede descartarse otro módulo de distribución del gasto (69). El artículo 9.1.e) LPH indica, como obligación del pro-

(65) RAJ 1993/1239.

En este mismo sentido se había ya expresado la SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1989 (citada por LÓPEZ FRÍAS, M. J., *op. cit.*, pág. 632) al afirmar que «la cubierta de un edificio constituye un elemento común del inmueble y su reparación cuando no se trate de gastos de mera conservación corresponden a todos los copropietarios en proporción a sus cuotas ya que en nuestro Derecho no se establece distribución en la contribución a los gastos de tal naturaleza en atención a que el uso no fuera común a todos los condueños a diferencia de otros regímenes de Derecho Comparado».

También puede traerse aquí, aunque no precise el origen de los daños, la argumentación de la SAP de Lleida, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/118696): «No habiéndose cuestionado por el apelante que nos encontramos ante obras de carácter extraordinario, que exceden de la naturaleza debida al uso y conservación de la cosa (F. J. quinto de la resolución apelada) y no habiéndose acreditado que los daños producidos sean debidos al mal uso o negligencia en el cuidado de la terraza por parte de la demandada (F. J. cuarto) procede confirmar la sentencia puesto que se trata de obras que debe asumir la comunidad de propietarios y, por tanto, se costearán por los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas».

(66) La cita del artículo 10 LPH es habitual en este tipo de resoluciones. Entre otras muchas, vid. SSAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/260083); Almería, de 26 de abril de 2004 (*JUR* 2004/157995), y Madrid, de 26 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/268784).

(67) Vid. SAP de Pontevedra, de 16 de abril de 2008 (*JUR* 2008/215909).

(68) Así, SSAP de Lleida, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/118696), y Alicante, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/163901).

(69) En la SAP de Álava, de 31 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/162780), los estatutos establecían que los propietarios del ático tendrían en uso las terrazas del piso, con la obligación de contribuir a los gastos de conservación y de reparación de dichas terrazas en la

pietario, la de «contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización». En consecuencia, hay que atender a la cuota o bien a lo que especialmente tenga establecido la comunidad, pues nada impide señalar, para determinados gastos, un régimen especial de distribución (70); puede, por ejemplo, acordarse que el propietario que tiene el uso exclusivo de la terraza contribuya en una proporción superior, siempre, claro está, que este tipo de acuerdos se adopten en la forma legalmente prevista (71). Por otra parte, la comunidad debe contar con un fondo de reserva, tal y como previene el artículo 9.1.f) LPH, o bien acudir a la derrama extraordinaria si el fondo es insuficiente para hacer frente a la reparación de la terraza.

Son, pues, a cargo de la comunidad la realización de obras que exceden del puro mantenimiento y afectan a elementos estructurales del edificio. Caso paradigmático es el de la impermeabilización (72), que se reputa obra extraordi-

parte correspondiente a los mismos en un 20 por 100, abonando el 80 por 100 restante los propietarios que lo sean de los diferentes elementos que integran cada casa, incluyéndose ellos mismos. La Audiencia reconoce que es un sistema distinto de contribución de gastos, pero que no es aplicable al caso de autos, pues la obra a ejecutar no es de conservación o reparación ordinaria.

(70) Los comuneros gozan de libertad para fijar, convencionalmente, otro módulo de reparto, sin la proporción que conllevan las cuotas de participación.

(71) Dada la trascendencia que tiene esta cuestión, se opta por exigir el consenso unánime de todos los propietarios, sometiendo el acuerdo al riguroso régimen de la regla 1.^a del artículo 17 LPH. Al respecto, ECHEVERRÍA SUMMERS, F., *El estatuto de la Propiedad Horizontal*, Granada, 2000, pág. 467; este mismo autor (pág. 468) pone de manifiesto que la práctica demuestra que la adopción de estos sistemas especiales genera una notable mejora en la gestión cotidiana de los elementos, instalaciones y servicios comunes.

(72) Así, la SAP de León, de 2 de febrero de 1998 (AC 1998/3271): «...la factura cuyo importe se reclama se refiere a tres conceptos, el primero forrar canalón empotrado en terraza con tela asfáltica con protección de aluminio e impermeabilizado, el segundo se refiere a impermeabilizar terraza completa con manta de vidrio y antigoteras, y el tercero alude al alicatado de terraza en gress. Deficiencias cuya reparación ha de hacer frente la comunidad por no derivar las mismas del uso exclusivo de la terraza por la propietaria demandada, sino que son propias de un elemento común por naturaleza como es la terraza en cuestión, la cual sirve de cubierta a los pisos inferiores».

En la SAP de La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/46397), se dice: «...el resto de las reparaciones precisas en la tela asfáltica de impermeabilización de la terraza, distintas de las correspondientes a la piscina, competirían a la comunidad, sin que, no obstante, podamos condenar a la misma, toda vez que, al haber sido absuelta, no se recurrió tal pronunciamiento por la actora».

Otra referencia es la de la SAP de Alicante, de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/163901), en la que los daños tienen origen en «la inexistencia de capa impermeable de las terrazas de las viviendas de la última planta»: «...aunque tenga el uso reservado de la terraza, lo cierto y real es que, desde el punto de vista estructural del edificio, la terraza constituye cubierta de la vivienda de la demandada, y en esos casos la responsabilidad dimanante de los daños por filtración de agua pluvial incumbe siempre a la comunidad, porque la misma deriva de

na (73) y que, por ello mismo, excede del normal uso (74) y disfrute y de la obligación de mantenimiento ordinario que recae sobre el propietario del ático que tiene el aprovechamiento exclusivo de la terraza. La SAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (75), destaca por la claridad de su planteamiento, considerando que las humedades han sido provocadas por el deterioro de la tela asfáltica, cuya sustitución incumbe a la comunidad: «El Juzgador de Instancia hace una interpretación de la obligación de conservación que se corresponde con el sentido habitual y sociológico de esta expresión en este tipo de conflictos; también el perito judicial señor Sen expresó igual parecer. Tal criterio parte de distinguir lo que son los gastos normales de mantenimiento que indiscutiblemente serían del que utiliza la terraza, así como las reparaciones menores puntuales que exija su conservación y lo que es la reconstrucción de la cubierta del edificio en esta zona, cuando ha perdido la estanqueidad necesaria por envejecimiento natural de los materiales. Obsérvese que un criterio similar es el de la ley de arrendamientos en un conflicto en el que, de igual manera, hay un titular que no controla efectivamente el inmueble, y un poseedor arrendatario que lo utiliza».

su naturaleza como elemento de la estructura del edificio, que siempre es común, y no de la propiedad o del uso que sobre la superficie de la terraza se disponga o detente.

Por tanto como esta terraza hará las veces del necesario tejado, su conservación en perfectas condiciones de impermeabilidad y eficiencia a todos los conductos del inmueble beneficia y concierne, los gastos que ello origine, es decir, los de reparación y conservación de las mismas y de los daños que como consecuencia de filtraciones u otras averías, pudieran originarse en otras partes del inmueble, serán satisfechas por todos los conductos del mismo en proporción a sus respectivas cuotas de propiedad».

Asume también los gastos de impermeabilización la comunidad en las SSAP de Madrid, de 24 de mayo de 1996 (*RGD*, 1996, pág. 8809 y sigs.); Pamplona, de 9 de marzo de 1999 (*RGD*, 1999, pág. 12205); Barcelona, de 29 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4587); Segovia, de 30 de junio de 2005 (*JUR* 2005/221256); Madrid, de 18 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/266818); Barcelona, de 19 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/217287); Madrid, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/180629), y Santa Cruz de Tenerife, de 2 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/251871). Referencias más antiguas, pero habitualmente manejadas, son la SAT de Burgos, de 6 de mayo de 1985 (*RGD*, 1986, pág. 3421 y sigs.), y la SAP de Oviedo, de 24 de enero de 1989 (*RGD*, 1990, pág. 3822 y sigs.).

(73) Califica la impermeabilización de la terraza como reparación «extraordinaria» la STS (Sala 1.^a) de 9 de diciembre de 1983 (*RAJ* 1983/6926). No sabemos, sin embargo, si se trataba de un caso de propietario del ático con terraza de uso exclusivo.

(74) Se considera que el deterioro de la tela asfáltica nada tiene que ver con el uso.

(75) *JUR* 2003/260083. El demandante tenía atribuido el uso exclusivo de la terraza situada encima de su piso, si bien con la carga, reflejada en los Estatutos, de atender «de forma exclusiva, a su limpieza y conservación». El deterioro de la tela asfáltica, que ya ha cumplido su periodo de servicio útil, es lo que provoca las humedades en el piso. La comunidad alegaba que mediante la cláusula estatutaria se quiso trasladar sobre los titulares del uso exclusivo de las terrazas la misma obligación de conservación que en otro caso tendría la comunidad de conformidad con el artículo 10 LPH, pero para la Audiencia, «ninguna prueba hay sobre una voluntad específica en tal sentido, por lo que entendemos debe confirmarse la resolución del Juzgado que atiende al sentido normal de tal expresión en este tipo de situaciones».

Hay otros casos. Así, ante un supuesto de reparación en los voladizos de la terraza, se declara que ha de correr por cuenta de la comunidad y no de la titular de la vivienda en cuyo paramento exterior se ha ocasionado el desperfecto (76).

Las SSAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (77), y Alicante, de 1 de junio de 2005 (78), consideran obligación de la comunidad las obras exigidas por el cambio de desagües. En la doctrina, se refiere BATLLE VÁZQUEZ (79) a la insuficiencia de los canales de desagüe, que pueden ser causa de rebosamientos en caso de lluvia abundante dañando a los pisos inferiores sin culpa del dueño de la terraza, considerando que la responsabilidad es de la comunidad.

El caso de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999, acabada de citar, es el del deterioro o envejecimiento de la lámina aislante existente bajo el solado de la terraza, origen de las filtraciones producidas en el salón de la vivienda del actor. El solado presentaba un estado de normalidad (no se aprecian roturas, cuarteados, fisuras o grietas) y las obras de mantenimiento o conservación descritas en el informe pericial son calificadas como necesarias y urgentes, debiendo correr a cargo de la comunidad.

Los gastos de reparación de las barandillas merecen también un comentario, pues son ya varias las sentencias que tratan este aspecto concreto. Son casos en que, por ejemplo, la barandilla está deteriorada o falta sujeción en algunos tramos. Con independencia de lo que pueda decirse en una previsión específica de los estatutos, lo cierto es que, con carácter general, las barandillas son consideradas revestimiento exterior del inmueble, formando parte de la fachada y, por tanto, se encuadran entre los elementos comunes, correspondiendo su reparación o sustitución a la comunidad de propietarios.

Así sucede en la SAP de Tarragona, de 3 de diciembre de 2004 (80), en la que se condena a la comunidad de propietarios a llevar a cabo a su costa las obras necesarias para la sustitución íntegra de las barandillas que circundan la

(76) SAP de Alicante, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/155520): «Todo lo expuesto conduce, en el caso concreto, a la confirmación de la sentencia dictada que declara nulo el acuerdo, punto tercero de la Junta de Propietarios de la comunidad demandada, por el que se imputaba a la demandante el pago de las obras realizadas en el canto del voladizo de la terraza, por ser precisamente la comunidad la que viene obligada a reparar los desperfectos localizados en dicho voladizo de la vivienda de la señora G., al quedar acreditado que la zona afectada pertenece a la estructura del inmueble, y no haber quedado probado que los mismos sean efecto de un uso inadecuado de la terraza por parte de la propietaria u ocupante de la misma, ya que nada impide sostener a la vista de la prueba practicada, que tales daños provengan de un uso indebido daños dolosos o culposos o de falta de mantenimiento por parte de la actora, como causas de exoneración de los artículos 9 y 13 de la LPH, que a la propia comunidad recurrente correspondía haber acreditado, y que no ha hecho».

(77) AC 1999/2772.

(78) *JUR* 2005/203858. Pone estas obras como ejemplo de obras que incumben a la comunidad, junto con la impermeabilización.

(79) BATLLE VÁZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1980, pág. 108.

(80) *EDJ* 2004/261209.

terrazza aneja al piso-ático de la demandante: «especialmente cuando se cierran terrazas o balcones, las barandillas de las terrazas forman parte de la fachada y, por lo tanto, deben conservarse por la Comunidad a fin de que el edificio, en su aspecto externo, presente un carácter estético uniforme. El hecho de que la terraza del ático tenga un carácter privativo no implica que de esta naturaleza participa la barandilla». Añade más adelante: «una vez que ha quedado claro la naturaleza de bien común de la fachada, es evidente que la barandilla de la terraza del ático tiene el carácter de elemento común del edificio». Para la Audiencia, la barandilla «es parte integrante de la fachada del edificio».

En la SAP de Cantabria, de 13 de julio de 2005 (81), se declara la nulidad del acuerdo por el que se decide que sea cada uno de los propietarios de las viviendas el que sufrague los gastos de reparación o sustitución de las barandillas de la terraza. Los actores aducen, con indudable acierto a juicio de la Audiencia, que la decisión adoptada vulnera lo dispuesto en el artículo 10.1 LPH. En el título constitutivo se establece, en relación a las terrazas existentes en el edificio, que tendrán la consideración de elemento común del inmueble, aunque su uso y disfrute se asigne a viviendas concretas. Se dice: «Las terrazas que son cubierta de todo o parte del inmueble son elementos comunes, aun en el supuesto de que el uso o disfrute de la misma sea privativo del piso que se encuentra en el mismo nivel. La jurisprudencia al respecto es abundante (STS de 20 de marzo de 1970, de 22 de diciembre de 1978, 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987 y 29 de julio de 1995). En las terrazas comunitarias existe una barandilla y esa barandilla ha de ser repuesta por la comunidad porque forma parte de la

(81) *JUR* 2005/199075.

Con anterioridad, la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655), había aprobado el proceder de los propietarios del ático que, ante la desidia de la comunidad, repusieron la barandilla que la propia comunidad había retirado como consecuencia de su mal estado y cuyo coste de reposición debía ser ahora reintegrado a los demandantes. Dice la Audiencia: «La comunidad estaba obligada a reponer la barandilla, y ello por varias razones: 1.ª) Porque existía con anterioridad a su demolición, y formaba por tanto parte de la estructura del edificio. 2.ª) Porque, siendo la terraza accesible desde la vivienda de los actores, y teniendo dicha vivienda reservado su uso y disfrute exclusivo, la barandilla se configura como un inequívoco elemento de seguridad del elemento común terraza-cubierta, además de su función puramente ornamental o de estructura. No se concibe una terraza sin barandilla. Si la comunidad la retiró —con buen criterio, para evitar su caída, en todo o en parte, a la vía pública—, la comunidad deberá reponerla, pues tal reposición se incardina en sus obligaciones derivadas del artículo 10 LPH, que recuerda que es obligación de la comunidad «la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad». Y no cabe alegar que la barandilla se retiró porque los actores no lo hicieron, al incumbir a estos mantenerla en buen estado de conservación no se trata de la barandilla de un balcón particular, sino de la barandilla de una terraza-cubierta que es elemento común, barandilla cuya colocación resulta obligatoria fuere o no privativo el uso o disfrute de la terraza, correspondiendo a la comunidad, y no a los usuarios de la terraza, mantenerla en buen estado».

estructura del edificio y se configura como un inequívoco elemento de seguridad de este elemento común, además de su función unificadora de la estética de la fachada del inmueble. No se concibe una terraza sin barandilla y la comunidad ha de costear su reposición en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la LPH, conforme al cual: «será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad». Y no cabe alegar que su reposición incumbe a los demandantes a título particular por falta de diligencia en la conservación de este elemento común, ya que también la obligación de conservación de este elemento común incumbe a la comunidad conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LPH». La sentencia de la Audiencia declara la nulidad del acuerdo, por infringir el artículo 10.1 LPH.

4. OBRAS QUE ASUME EL PROPIETARIO

El propietario que tiene el uso exclusivo de la terraza debe asumir las obras de reparación de carácter ordinario, que son aquellas que derivan del mero uso. Parece abusivo y contrario a la equidad imputar este tipo de gastos al resto de propietarios que no disfrutan este elemento común. Esta obligación es independiente de que el derecho sea efectivamente utilizado o no por su titular, no pudiendo eximirle de responsabilidad la falta de uso. Las resoluciones judiciales, como veremos más adelante, han venido admitiendo que la atribución del uso exclusivo de las terrazas lleva consigo, a cargo del propietario o propietarios directamente beneficiados, la obligación de correr con los gastos que se deriven de la conservación y reparación ordinaria de las mismas (82), más concretamente las que afectan a su superficie o pavimento.

Toda esta problemática se comprende mejor si pasamos al estudio de los diferentes supuestos que se han ido decidiendo por los Jueces y Tribunales.

Uno de los casos más frecuentes que se plantea en la práctica es el de las baldosas rotas o desprendidas. El deterioro puede deberse al uso, al transcurso del tiempo o a una acción negligente del propietario del ático; no hay duda aquí que la reparación corresponde al usuario de la terraza. Otra cosa es que los desperfectos tengan origen en problemas de impermeabilización, en cuyo caso correrá a cargo de la comunidad el coste de la reparación.

(82) Califica la SAP de A Coruña, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/465407), de contrapartida lógica y natural que los titulares que tengan el uso exclusivo de la terraza asuman «el mantenimiento y reparación ordinaria de la referida terraza, debiendo conservarla en perfectas condiciones de limpieza...».

También en este punto hay que referirse a la STS (Sala 1.ª) de 17 de febrero de 1993 (83). Califica como obras que responden al normal uso y conservación de las terrazas —y, por ello mismo, de la incumbencia del propietario— aquellas que consisten en la reposición de las baldosas rotas, que equivalen, en el caso de autos, a la sustitución o reparación de la superficie de rasilla cerámica.

Para la SAP de Madrid, de 20 de octubre de 1995 (84), el daño que se viene sufriendo en la vivienda de los demandantes tiene su causa «en la falta de mantenimiento y revisión de la cubierta, lo que se concreta en la rotura o mal estado de la membrana impermeabilizante de la cubierta dado el escaso mantenimiento, así como a la falta de reposición y limpieza, ya que los sumideros se obstruyen siendo incapaces de recoger y conducir todo el agua, presentando el elemento de cubrición, baldosín catalán, unidades sustituidas por otras nuevas alrededor de los sumideros, y otras reparaciones parciales, como provocadoras de las humedades que sufre el piso de los demandantes a través de su cubierta que constituye terraza a nivel de uso privativo de la parte ahora recurrente», considerando, en consecuencia, que «no se está observando la obligación de mantener la terraza de modo tal que no perjudique a los demás copropietarios y por ello es procedente la condena que en demanda se postula frente al codemandado ahora apelante, sobre quien pesa esa obligación de conservación ordinaria, y no sobre elementos estructurales, que no se determinan como causantes de los daños».

La SAP de Burgos, de 18 de octubre de 2002 (85), decide condenar a las propietarias demandadas a la sustitución del pavimento, cuyo deterioro se había producido como consecuencia del uso ordinario de la terraza: «la jurisprudencia viene admitiendo igualmente la posibilidad de que, bien en los estatutos, bien por acuerdo adoptado válidamente en Junta General, la Comunidad pueda establecer un derecho de uso exclusivo en favor de una determinada vivienda o local, atribución de uso exclusivo que en ningún caso puede confundirse con el derecho real de propiedad (SSTS de 24 de octubre de 1978, 23 de mayo de 1984, 3 de febrero de 1987, 14 de octubre de 1991, 22 de abril de 1992 y 8 de octubre de 1993), pero en el bien entendido de que, como bien se expresa en la ya citada sentencia de la Sección 1.ª de la AP de León, de 21 de junio de 1994, la atribución en favor de un copropietario del uso exclusivo de un elemento común tiene como natural contraprestación las obligaciones de mantenimiento que recaen sobre el usuario exclusivo, pues la utilización exclusiva de un elemento común, implica la obligación de mantener, conservar y reparar todas aquellas deficiencias en dicho elemento, que sean producto del uso y disfrute ordinario propio de un diligente y cuidadoso usuario de cosa ajena, dejando

(83) *RAJ* 1993/1239.

(84) *RGD*, 1996, pág. 778 y sigs.

(85) *Act.Civ.* 2002/261.

para la propiedad —la comunidad de propietarios— todas aquellas reparaciones u obras de carácter extraordinario o urgente que vayan más allá del derecho del usuario (sentencias de la Sala Primera del TS de 17 de febrero y 11 de octubre de 1993)». En el caso de autos, se dice por el Tribunal que «el mal estado del pavimento de dicha terraza es consecuencia del uso ordinario de dicho patio por parte de las citadas demandadas, de manera que, puesto que ha quedado parcialmente acreditado que el mal estado del pavimento de dicha terraza, junto con el mal estado de la capa impermeabilizadora, ha contribuido a la aparición de filtraciones de agua en una determinada zona del local de la demandante, están obligadas las hermanas T. G. a costear, sino la sustitución de la capa impermeabilizadora, a la que no tienen acceso directo, ni consta que se haya deteriorado por el uso ordinario de la terraza, sí la sustitución del pavimento».

La SAP de Asturias, de 23 de octubre de 2001 (86), sitúa a cargo de los propietarios la obligación de reparar el pavimento de las terrazas deteriorado por obras ejecutadas por estos mismos propietarios que las disfrutaban: «En el presente y como quiera que los daños, conforme la propia prueba de la demandada se deben a modificaciones realizadas por los usuarios de la terraza, que no implican variación o alteración externa del edificio (sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1989) y que se encuentran calificadas como ordinarias en el título a cargo de los propietarios de los predios donde se ubican las terrazas, que las usan en su provecho y no de la Comunidad, quienes tienen también asignado imperativamente el deber de evitar las filtraciones y humedades en los pisos inferiores, que pueden proceder de las terrazas, patente es la falta de acción contra la comunidad y la necesidad de analizar los hechos, de acuerdo al artículo 1902 y 1910 del Código Civil, frente a partes distintas, pues no se trata, por último, de infracción achacable a la demandada, de los deberes de mantener la seguridad y estanqueidad estructural del inmueble a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción actual, sino a la pura reparación de elementos de uso privativo, como el pavimento de las terrazas por obras ejecutadas por los propietarios que las disfrutaban, de las que se derivan daños para otros, todo lo cual obliga a la acogida del recurso y revocación de la apelada».

Otro caso de responsabilidad del propietario es el de la SAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (87). La ampliación y modificación de la terraza del ático, llevada a cabo por el propietario que tenía su uso exclusivo y sin que conste solicitud de autorización a la comunidad, está en el origen de las humedades y filtraciones producidas en el piso inferior; en concreto, la defectuosa unión de los dos tramos de terraza, el originario y el ampliado, por una probable falta de buenas condiciones de la tela asfáltica en dicha unión, hace que se filtre el

(86) *JUR* 2002/17065.

(87) *AC* 1998/1807.

agua de lluvia bajo la tela asfáltica y discurra por buena parte del subsuelo de la terraza afectando al techo de la finca inferior.

Tampoco hay que descartar que el propietario tenga que asumir el coste de obras que, en principio, corresponden a la comunidad, si se demuestra que los daños han sido debidos a su negligencia —o la de las personas por quienes debe responder— en el cuidado de este elemento común (88). Una gotera causada por un atasco en el sumidero es un ejemplo claro de negligencia del propietario del ático; es el supuesto de la SAP de Ourense, de 9 de mayo de 2001 (89), si bien aquí la terraza estaba situada en la primera planta: «las terrazas existentes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal tienen el carácter de elemento común y, por ello, el mantenimiento en buen uso de acuerdo con el destino que les es propio corresponde a la Comunidad, la cual ha de hacer las reparaciones precisas para conservarlas adecuadamente impermeabilizadas; pero el uso puede corresponder exclusivamente a la finca en la que se halle integrada, como ocurre en el supuesto que se enjuicia, en la que las partes reconocen que corresponde al propietario de una de las viviendas de la primera planta, el demandado-apelante, y es él quien está obligado a mantenerla limpia y en estado de no causar daños a los restantes usuarios, y por consiguiente, al producirse filtraciones por falta de limpieza, lo que atascó los desagües, él es el único responsable, más cuando ningún vecino podría acceder a ella sin su consentimiento. El que haya pasado varios años en el extranjero en nada afecta a su obligación de conservar el inmueble en buen uso».

(88) Se afirma en la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (*EDJ* 1997/14353): «como pone de manifiesto la sentencia de instancia, la terraza es un elemento común, por servir de cobertura a los pisos o locales inferiores, y por tal razón debe ser mantenida por la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de su usuario si los daños producidos desde la misma hubiesen sido consecuencia de su culpa o negligencia».

(89) *JUR* 2001/151391.

Puede también citarse la SAP de Lugo, de 27 de julio de 1995 (*RGD*, 1996, pág. 3230), aunque el daño no se origina en un ático, sino en la planta segunda donde estaban ubicados los locales comerciales que disfrutaban de terraza por el retranqueo sobre la planta inferior. Dice la Audiencia: «Como la terraza llegó a tener el sumidero atrancado, el agua pluvial caída sobre ella no encontró su salida normal, y entonces alcanzó el establecimiento mercantil situado en la planta baja, en el que produjo daños, existiendo una relación de causalidad entre este efecto perjudicial y la situación anómala de sumidero, el cual se encontraba así por no habersele prestado el necesario cuidado para cumplir la función de evacuar el agua, cuidado que correspondía exclusivamente a “A. E., S. A.”, porque forma parte del uso y disfrute de la terraza, facultad que solo él tiene, lo que implica el mantenimiento en buen estado de los desagües, exigencia que trae consigo, la lógica consecuencia de atribuirle la responsabilidad por los daños que su atranco produzca, cuando, como sucede en este caso, sea debido a una omisión negligente, pues una mínima diligencia hubiera impedido la obturación del sumidero, y entonces nadie más que “A. E.”, es responsable de los daños, y sin embargo, no ha sido demasiado, no pudiendo válidamente objetarse que, como la terraza es un elemento común, su mantenimiento es competencia de la comunidad de propietarios, porque, a pesar de esa naturaleza, hay un uso y disfrute exclusivo, en función del cual, no por otra causa, ocurrieron los daños».

La responsabilidad del propietario encuentra, en definitiva, su base legal en el artículo 9.1.b) LPH, donde se establece, entre otras obligaciones, la de «mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder».

Ahora bien, la dejadez del propietario en afrontar estas reparaciones no debe impedir a la comunidad ejecutarlas por sí misma y solicitar posteriormente su reembolso del titular del ático.

5. CONDENA DE LA COMUNIDAD Y DEL PROPIETARIO

Una situación distinta a la de los casos anteriores debe también ser objeto de estudio. Nos referimos, en concreto, a la condena solidaria de la comunidad y del propietario, cuando ambos son declarados responsables del daño producido. Se impone esta solución cuando no es posible atribuir a cada una de las partes demandadas, de forma individual, la responsabilidad en los desperfectos y se constata que la causa de los daños se encuentra en el incumplimiento de las obligaciones que incumben a todas ellas.

Así, en la SAP de Barcelona, de 30 de junio de 2006 (90), se condena solidariamente a la propietaria del ático (la terraza era elemento común de uso privativo) y a la comunidad a realizar las obras necesarias para evitar las filtraciones de agua y al pago del coste de los trabajos de pintura que precisa la vivienda de la demandante, pues aparecieron manchas de humedad en los techos del comedor y de una de las habitaciones individuales. Se aprecia que las filtraciones en el piso de la actora derivan de la concurrencia de diversas causas, que denotan tanto un defectuoso mantenimiento del elemento común como un uso indebido de la terraza por parte de quien la utiliza habitualmente. Se habla, por un lado, del desgaste de la cubierta, con una incorrecta impermeabilización de la terraza, así como el mal funcionamiento del desagüe, y por otro, del hecho de haber procedido a la modificación de los sumideros por parte de la propiedad del ático y la adición de algunos elementos en la cubierta, como es el caso de un aparato de aire acondicionado con un desagüe conectado al desagüe de la cubierta y otro evacuando directamente sobre el pavimento. Por ello, entiende el Tribunal que «la única solución posible ante la legítima pretensión actora de que cesen las filtraciones que provienen de la terraza del piso superior y se reparen los daños que le han ocasionado (humedades en techo) es condenar a ambas demandadas a indemnizar a la actora de forma solidaria por los perjui-

(90) TOL 1.024.218.

cios sufridos como consecuencia de las filtraciones, y es que en casos como el presente, en que se adivina la concurrencia de diversas actuaciones negligentes imputables a distintas personas, la jurisprudencia se inclina por acudir, con fundamento en la salvaguarda del interés social (STS de 24 de septiembre de 2003) en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados (STS de 15 de abril de 2003), y, por tanto, en beneficio del perjudicado que no ha tenido responsabilidad alguna en el siniestro, a lo que se ha venido a definir como solidaridad impropia, haciendo recaer la responsabilidad del siniestro en todos ellos de forma solidaria, sin perjuicio del derecho de que quien finalmente abone la indemnización y efectúe la reparación de la terraza pueda repetir contra los demás», añadiendo que «cierto es que tal figura exige la indiscernibilidad en su respectiva responsabilidad, esto es, que no sea factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes (STS de 24 de mayo de 2004), pero es que precisamente en el caso de autos no resulta posible efectuar tal determinación ni eximir de responsabilidad a ninguna de las demandadas».

En otras ocasiones resulta, en cambio, posible individualizar la responsabilidad de cada uno de los sujetos que han sido demandados. Se aprecia en estos casos el carácter mancomunado de la obligación de reparar.

Se condena, en la SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (91), a los propietarios de la terraza (92) y a la comunidad al levantamiento de la impermeabilización y la colocación de una nueva, debiendo soportar el coste de estas obras al 50 por 100 la comunidad y la otra mitad los otros dos codemandados. Para el Tribunal «la terraza-cubierta aneja a la vivienda constituye al propio tiempo elemento común, en su estructura, y elemento privativo, en sus elementos superficiales y externos, y el deber de velar por su conservación de forma que se evite la filtración de aguas hacia el interior del edificio incumbe simultáneamente a doña Cecilia y don Pedro Antonio, como propietarios de la vivienda y a la comunidad de propietarios, en cuanto las filtraciones provienen del defectuoso mantenimiento y conservación de los elementos superficiales y estructurales de la terraza, y singularmente de la omisión del reforzado deber de mantenimiento que se precisa en las zonas superficiales de encuentro de la terraza con los paramentos verticales de la vivienda, en su estructura original y en la ampliada».

En la SAP de Barcelona, de 2 de julio de 2007 (93), se considera probado que el origen de las filtraciones se encuentra tanto en el mal estado del pavimento (responsabilidad del propietario del ático) como en la caducidad de los materiales

(91) *JUR* 2007/199892.

(92) La terraza figuraba inscrita como parte integrante de la vivienda, teniendo (al parecer) el carácter de elemento privativo.

(93) *JUR* 2007/285321.

que garantizan la estanqueidad del edificio (responsabilidad de la comunidad). Se condena al propietario del ático a realizar las obras de mantenimiento general de la terraza y a la comunidad a las obras necesarias para reponer la tela asfáltica de dicha terraza. Entiende la Audiencia que no es posible atribuir de forma exclusiva la responsabilidad a uno solo de los demandados (94) y declara la naturaleza mancomunada de la obligación (95), lo cual es una apreciación correcta en tanto en cuanto se habían identificado de manera concreta los respectivos ámbitos de responsabilidad del propietario y la comunidad.

Mencionamos también en este apartado a la SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (96), aunque el origen del conflicto (un acuerdo comunitario, que resulta impugnado) sea distinto al de los anteriores fallos. Declara la Audiencia la validez del acuerdo, por el que la comunidad asumía el coste de la reparación de la tela asfáltica de la terraza privativa y el cincuenta por ciento del coste de la mano de obra necesaria para colocar las baldosas, en compensación por los inconvenientes que para los propietarios de la terraza supondrían las propias obras al tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica. Dice la Audiencia: «la comunidad asume la totalidad de los costes de colocación de la tela asfáltica como elemento común que este es y además se hace cargo del cincuenta por ciento de los gastos originados en concepto de mano de obra para la colocación de las baldosas, mientras que la parte demandada tiene que asumir el otro 50 por 100 restante y el coste del material, lo cual es lógico y equitativo porque el suelo de la terraza es elemento

(94) «...si el origen de las filtraciones se encontrara tan solo en el mal estado del pavimento, la responsabilidad sería exclusiva del propietario demandado, y en cambio, si el daño pudiera derivarse únicamente del mal estado de la tela de impermeabilización, deberíamos hacer recaer sobre la comunidad la obligación de asumir el coste total de la reparación.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no puede hacerse una atribución exclusiva en la forma expuesta, por lo que no será posible atender a ninguno de los dos recursos porque cada una de las partes busca responsabilizar a la contraria por la vía de determinar que el origen de los daños se encuentre en una u otra patología.

Para analizar el estado de la terraza disponemos del informe pericial emitido por el arquitecto técnico señor Gregorio, que se acompañó al escrito de demanda, y en el que expone que estas filtraciones tienen su origen en dos hechos claramente visibles: 1) el nulo mantenimiento de la terraza por parte del propietario, y 2) la instalación de pilares metálicos apoyados sobre la cubierta por medio de dados de obra que originan más puntos de filtración. Asimismo, se destacó por el indicado perito que los materiales que garantizaban la estanqueidad del edificio habían caducado».

(95) Lo hace, precisamente, al hilo de la condena en costas: «Tan solo existe un extremo en el que la sentencia debe ser modificada, y es el relativo a las costas, pues en tanto que la indicada resolución impone las costas con carácter solidario a los demandados, asiste la razón a la comunidad apelante cuando señala que tal condena debió ser, en su caso, de carácter mancomunado, de acuerdo con la naturaleza de la obligación principal impuesta a los demandados, pues si la misma tiene este carácter, derivación natural de ello, es que la condena en costas sea también de carácter mancomunado y no solidario...».

(96) RGD, 1992, pág. 6143 y sigs.

privativo, de disfrute exclusivo de los copropietarios demandantes y, obviamente, de dichos costos de material deben hacerse cargo, pues ellos son los únicos beneficiarios, sobre todo teniendo en cuenta que dichas losetas deben sustituirse ya a consecuencia de su deterioro. Tampoco son abusivos los acuerdos de la comunidad de propietarios porque esta se hace cargo además de lo que estrictamente le corresponde como gastos derivados de la colocación de la tela asfáltica y de la mitad del costo de la mano de obra para la colocación de las losetas, lo cual en cierto modo viene a resultar una compensación para los copropietarios actores de las inconveniencias que para ellos representa el tener que levantar todo el enlosetado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica, pero no hay que olvidar que también las losetas están deterioradas y deben sustituirse, y aunque las humedades del piso inferior se deban fundamentalmente a fallos del sistema de impermeabilización, no se excluye del todo por el perito que alguna incidencia pudo tener el mal estado del pavimento».

6. DESPERFECTOS CAUSADOS POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

La obligación de reparar que recae sobre la comunidad ha sido objeto de discusión cuando los daños son atribuibles a los llamados vicios ruinógenos o de construcción: ¿responde la comunidad o los agentes que intervinieron en la construcción del edificio?

El caso de la SAP de Cantabria, de 18 de octubre de 2001 (97), nos sirve de ejemplo para plantear la cuestión debatida, señalándose en el informe pericial que «no es que no se haya instalado ningún tipo de impermeabilización debajo del pavimento, sino que carece de este pavimento, siendo la terminación del forjado estructural la que hace de pavimento».

No es infrecuente que la comunidad demandada intente exonerarse de responsabilidad, alegando que se trata de defectos que tienen origen en la construcción misma de la terraza, siendo, por tanto, incumbencia del arquitecto, constructor y demás agentes que intervinieron en el proceso constructivo. La respuesta a esta cuestión es clara: la comunidad sigue estando obligada a realizar las obras de reparación que legalmente le corresponden, con base en la LPH, sin que ello sea obstáculo para el ejercicio de las acciones contra quienes proyectaron y construyeron el edificio (98).

(97) SP/SENT/32399. Para la Audiencia, la reparación de la terraza privativa no corre a cargo de su titular, sino que resulta obligación de los copropietarios del inmueble.

(98) Es precisamente lo que sucede en el caso decidido por la SAP de Barcelona, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/138193). El origen del pleito, interpuesto por la comunidad, es el defecto de desprendimiento de las losas de los balcones y de la escalera, así como humedades detectadas en uno de los pisos. Resultan condenados la promotora-constructora, el

Para ROCA GUILLAMÓN (99), la pretensión de exigir a la comunidad el cumplimiento de su deber de realizar las obras necesarias «ha de prosperar incluso abstracción hecha de mediar pendiente una reclamación por vicios de la construcción a los que se achaca el mal estado de la finca, y de los que deban responder cualquiera de los ahora llamados agentes de la edificación».

Se pronuncia sobre este tema la SAP de Almería, de 26 de abril de 2004 (100), y lo hace en unos términos que no dejan margen a la duda. La

arquitecto y los aparejadores. La Audiencia considera que las deficiencias no se deben a la falta de conservación y mantenimiento de la comunidad, sino a vicios constructivos.

(99) ROCA GUILLAMÓN, J., en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal* (art. 10), coordinador: CUADRADO IGLESIAS, M., Madrid, 2000, pág. 386.

(100) *JUR* 2004/157995.

En la misma línea, con anterioridad, la SAP de Cantabria, de 28 de octubre de 1996 (AC 1996/1812), había ya declarado: «La comunidad demandada sostuvo en la instancia que no está obligada a reparar la terraza común ni a responder de los daños causados por tratarse de unos defectos constructivos que tienen su origen en la construcción misma, lo que hace aplicable al caso el artículo 1591 del Código Civil, con responsabilidad exclusiva o solidaria, en su caso, del arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción, mientras que el actor ha sostenido que en todo caso la comunidad demandada debe proceder a la reparación de la terraza y a indemnizarle de los daños causados en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 9 y 18.1.º y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 1902 del Código Civil. Esta última tesis es la que esta Audiencia considera correcta y de aplicación al caso, lo que conduce a la estimación del recurso y de la demanda. En efecto, con ser cierto que tratándose de defectos constructivos causantes de ruina, total o parcial, material o funcional, el arquitecto, constructor, promotor y aparejador son responsables cada uno en la esfera que le es propia o solidariamente en caso de no poder deslindarse esas responsabilidades, conforme al artículo 1591 del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta y de cuyo amplio conocimiento por las partes hay muestras sobradas en los escritos rectores del proceso y en los del recurso e impugnación, tal responsabilidad frente al dueño de la obra, la comunidad de propietarios o incluso los adquirentes originarios o posteriores de los diversos pisos y locales no se ve interferida por el deber de la comunidad como tal de mantener el edificio en sus elementos comunes en perfectas condiciones de uso y conservación, tal como se desprende de los artículos 5.10.13.3.º y 18.3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues uno y otro cuerpo normativo tienen su ámbito propio que no resultan incompatibles entre sí, de suerte que sin perjuicio de que la comunidad e incluso cualquiera de sus componentes pueda dirigirse contra aquellos intervinientes en el proceso constructivo para, vía artículo 1591 del Código Civil, exigirles su responsabilidad por los defectos constructivos, a cualquier comunero les asiste el derecho de instar de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado mantenimiento del edificio y asegurar el uso de sus elementos privativos, sea cual sea el origen de las deficiencias que perturban o menoscaban ese uso, y así lo han entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 1989, y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 29 de junio de 1995. Por consiguiente, acreditado como queda dicho que la terraza común del inmueble tiene grietas por las que se filtra el agua al garaje del actor, la comunidad está obligada a realizar las obras necesarias para evitar esa filtración, sin perjuicio de las acciones que le pueda asistir contra el arquitecto del proyecto de construcción, el constructor, etc.».

Puede que sea correcto traer también aquí a colación la STS (Sala 1.ª) de 10 de octubre de 1993 (RAJ 1993/8179). Se declara la validez de la cláusula contenida en la escritura de división horizontal, con arreglo a la cual se atribuyan a determinados copropietarios los gastos de reparación de la cubierta. Para el Tribunal Supremo una cosa es que la cláusula sea válida

comunidad de propietarios demandada pretendía exonerarse de responsabilidad, derivando la misma hacia el arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción (101). La Audiencia efectúa el siguiente razonamiento:

«La comunidad demandada ha sostenido en todo momento que no es responsable de dichos daños, ni está obligada a reparar el elemento común por tratarse de unos defectos constructivos que tienen su origen en la construcción misma, lo que hace aplicable al caso el artículo 1591 del Código Civil, con responsabilidad exclusiva o solidaria, en su caso, del arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción, mientras que el actor ha sostenido que en todo caso la comunidad demandada debe proceder a la reparación de la terraza y a indemnizarle de los daños causados en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 9, 18.1.^a y 3 LPH y 396 del Código Civil. Esta última tesis es la que este Tribunal considera correcta de aplicación al caso, lo que conduce a la desestimación del recurso y estimación de la demanda. Con independencia de las causas de los defectos constatados en un elemento común y que a la vista del informe pericial del señor Plácido que en el acto del juicio señaló como causa una mala ejecución de la impermeabilización de la cubierta, la comunidad es responsable del estado y reparaciones del mismo, así como de los daños que cause sobre la propiedad privativa. De aceptarse el planteamiento de la demandada, se llegaría a una situación contraria incluso al propio sentido común, al obligar a uno de los copropietarios a dirigirse contra el constructor u otro responsable del vicio ruinógeno y soportar, poco menos que en exclusiva, las consecuencias de una ejecución inadecuada de la obra que afecta a toda la comunidad e incide en un elemento común.

En efecto, con ser cierto que en su caso tratándose de defectos constructivos causantes de ruina, total o parcial, material o funcional, el arquitecto, constructor, promotor y aparejador son responsables cada uno en la esfera que le es propia o solidariamente en caso de no poder

y otra que deban reparar los daños que ahora se reclaman, que son atribuibles a vicios ruinógenos, por lo que, aun siendo válida tal cláusula, recae sobre la comunidad la obligación de reparar los daños de la cubierta. Dice el Tribunal Supremo: «...la reiterada cláusula, aun siendo válida, no atribuye a los usuarios de la cubierta los gastos de reparación que, como los que son objeto de esta litis, no son imputables al uso que de ello se haga por los actores, por lo que no cabe concluir otra solución que su atribución a la comunidad denunciada».

(101) La comunidad demandada insistió en apelación en su falta de legitimación *ad causam*, por no ser responsabilidad de la misma los daños causados, pues debían considerarse daños por mala ejecución y por tanto dentro del marco de la responsabilidad decenal y no del artículo 3 LPH, como ya había puntualizado al solicitar la llamada a pleito a los efectos del artículo 14.2 LEC de la constructora «Ejidohogar, S. L.». La Audiencia considera improcedente el llamamiento regulado en dicho precepto.

deslindarse esas responsabilidades, conforme al artículo 1591 del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta, esta responsabilidad no interfiere en el deber de la comunidad de mantener el edificio en sus elementos comunes en perfectas condiciones de uso y conservación, tal como se desprende de los artículos 5, 10, 13.3.^a y 18.3.^a LPH, pues uno y otro cuerpo normativo tienen su ámbito propio que no resultan incompatibles entre sí, de suerte que sin perjuicio de que la Comunidad e incluso cualquiera de sus componentes pueda dirigirse contra aquellos intervinientes en el proceso constructivo, a cualquier comunero les asiste el derecho de instar de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado mantenimiento del edificio y asegurar el uso de sus elementos privativos, con independencia del origen de las deficiencias que perturban o menoscaban ese uso.

Así lo han entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 1989, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 29 de junio de 1955 y la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de octubre de 1996.

Por consiguiente, la comunidad está obligada a realizar las obras necesarias para evitar esas filtraciones y humedades, sin perjuicio de las acciones que le pueda asistir contra el arquitecto del proyecto de construcción, el constructor, etc.».

7. OBSERVACIONES CRÍTICAS. EL ENFOQUE ARQUITECTÓNICO DEL PROBLEMA

El repaso a las sentencias de las Audiencias pone de manifiesto la importancia de la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, distinción que sirve, como hemos visto, para imputar (en aquellos casos en que sea posible) la responsabilidad por los daños causados. Cabe ahora preguntarse si un enfoque diferente, más en línea con el punto de vista arquitectónico, puede servir para resolver el arduo tema de las reparaciones. Más que atender al carácter ordinario o extraordinario de la reparación, se trata de apreciar si el daño tiene origen en la superficie de la terraza o en la estructura de separación entre la terraza y los pisos inferiores (102). Al fin y al cabo, la terraza, aunque sea objeto de utili-

(102) El Derecho Civil catalán recoge también la distinción entre gastos ordinarios de conservación y mantenimiento, que van a cargo del propietario del elemento privativo que tiene el uso y goce exclusivo del elemento común, y gastos estructurales, de refacción y demás extraordinarios, que son considerados comunes. Así resulta del artículo 553-42.3 del Código Civil catalán, al que más adelante aludiremos. Se mantiene, pues, la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, pero se introduce cierta concreción y detalle, al hablar de conservación, mantenimiento, gastos estructurales y de refacción.

zación individualizada debido a su ubicación física en el ático, es un elemento de la estructura del inmueble.

La SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (103), opta por esta solución: «queda dicho que las terrazas superiores de los edificios, incluso aquellas que son transitables, quedan incluidas en la categoría de cubiertas, y por tanto, en principio, son consideradas como elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal, *ex* artículo 396 del Código Civil y artículo 1 LPH. Lo que no impide que la superficie transitable, en principio de uso común por razón de su naturaleza, pueda atribuirse en exclusiva a alguno de los pisos o locales privativos, o bien pueda asignarse al uso exclusivo de alguno o algunos de los propietarios individuales, dando lugar a la denominada doctrinalmente “desafectación”, y que produce como consecuencia, a todos los efectos relativos a su mantenimiento, reparación y conservación, una escisión entre lo que constituye superficie de la terraza (pavimento, capas superiores y elementos superficiales), y lo que son sus elementos estructurales, incumbiendo al propietario individual beneficiario responder del mantenimiento de los primeros, y a la comunidad de propietarios la obligación de mantenimiento de los elementos estructurales, con la sola excepción de las reparaciones u obras cuya necesidad dimanase de la negligencia o dolo del propietario individual». Se precisa, más en concreto, que el hecho de ser la terraza elemento privativo o elemento común de uso privativo tiene «la consecuencia de desplazar hacia el propietario individual la obligación de servirse de la terraza con arreglo a su destino, sin introducir alteraciones inconsistentes, y de velar por el mantenimiento de su superficie y elementos externos (tales como pavimento o embocaduras de canalizaciones), sin perjuicio del simultáneo deber que incumbe a la comunidad de propietarios de realizar las obras que afecten a los elementos estructurales, como las de impermeabilización de las capas estructurales o mantenimiento de las conducciones internas, siempre que no sean consecuencia de la negligencia o dolo del propietario privativo que disfruta su uso en exclusiva». En el caso de autos, resultan condenados a reparar tanto los propietarios de la terraza (que era elemento privativo) como la comunidad, pues se constata que la filtración de aguas, causante de los desperfectos en el piso inferior, proviene del defectuoso mantenimiento y conservación «de los elementos superficiales y estructurales de la terraza» (104).

Además de prescindir de la distinción entre reparación ordinaria y extraordinaria, el enfoque arquitectónico puede servir para hacer un planteamiento

(103) *JUR* 2007/199892.

(104) La solución es lógica, pues si se filtra del agua, como apunta la propia sentencia, «es porque están deterioradas tanto las capas externas de la terraza, como las internas o estructurales, pues de encontrarse unas u otras en perfecto estado no se producirían las filtraciones en cuestión, que atraviesan primero el pavimento de la terraza y después sus capas internas».

más coherente de las consecuencias que derivan de la configuración jurídica de las terrazas y evitar, por ejemplo, que todas las reparaciones se imputen al propietario del último piso cuando la terraza tiene la consideración de elemento privativo, como también se apunta en la sentencia acabada de citar. La terraza es la cubierta total o parcial del edificio (105); por ello, incluso en el caso de que tuviese la consideración de elemento privativo —y no simplemente la de elemento común cuyo uso ha sido atribuido al propietario del ático—, las reparaciones relacionadas con aquellas instalaciones que no se hallen al servicio exclusivo del titular de la misma, como pueden ser la estructura, el armazón, el impermeabilizado, etc., deben correr por cuenta de la comunidad.

El planteamiento anterior se sigue —aunque hablándose todavía de reparaciones extraordinarias— en la SAP de Ávila, de 12 de mayo de 2008 (106). Tratándose de un ático cuya terraza tenía la consideración de elemento privativo, entiende la Audiencia que «las obras tendentes a reponer el aislamiento térmico y la impermeabilización del suelo de la terraza, que supongan en la práctica realizar una nueva terraza, son obras extraordinarias cuya responsabilidad atañe a toda la comunidad, y no solo al propietario de la vivienda concreta».

8. REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

A diferencia de la LPH que, como sabemos, no regula de manera específica esta materia, el Derecho catalán opta por una previsión concreta, distinguiendo la naturaleza del gasto y determinando el sujeto que, en función del tipo de gasto, debe proceder a su abono. Es el momento de referirnos al contenido del Libro V del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo.

Tras reconocer el artículo 553-41 del Código Civil catalán que las cubiertas son elementos comunes, y el artículo 553-42.2 del Código Civil catalán, que puede vincularse (en el título de constitución o por acuerdo unánime de la junta de propietarios) su uso exclusivo a un elemento privativo, el artículo 553-42.3 del Código Civil catalán señala que «los propietarios de los elementos privativos que tienen el uso y goce exclusivo de los elementos comunes, en el caso a que se refiere el apartado 2, asumen sus gastos ordinarios de conservación y mantenimiento y tienen la obligación de conservarlos adecuadamente y mante-

(105) A pesar de los intentos de distinguir entre terraza y cubierta (vid., por ejemplo, VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de la propiedad horizontal...*, cit., pág. 124), lo cierto es que los conceptos terminan entremezclándose.

(106) JUR 2008/356008. El demandante, en este caso, era el propietario del ático, que impugnaba el acuerdo comunitario por el que se le obligaba a acometer, de forma exclusiva, las reparaciones de la terraza.

nerlos en buen estado. Los gastos estructurales, de refacción y los demás gastos extraordinarios son comunes» (107).

La doctrina, en sus primeros análisis y comentarios del artículo 553-42.3 del Código Civil catalán, ha puesto de manifiesto la contradicción en que, por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, incurre este precepto en relación con el artículo 553-38.2 del Código Civil catalán, pues esta última norma dispone, de manera clara, que los gastos extraordinarios de conservación y mantenimiento de los elementos comunes de uso restringido son a cargo de los propietarios de los elementos privativos que gozan de ellos (108).

ABRIL I CAMPOY (109) se muestra partidario de resolver tal contradicción, dando la solución que más se ajusta a la problemática del artículo 553.42.3 del Código Civil catalán, en el sentido de entender que los gastos extraordinarios de conservación y mantenimiento de un elemento común los ha de soportar la comunidad, atendiendo a que si bien la cesión del uso restringido justifica el pago de los gastos ordinarios, como un corolario de la obtención del uso de un elemento común en exclusiva, no se puede extender a los gastos extraordinarios.

GINER GARGALLO (110) entiende más apropiada la regla del artículo 553-42, es decir, quien tiene el uso restringido de un elemento común solo debe hacerse cargo de los gastos que se vinculan a dicho uso (los ordinarios): «En cualquier caso, el que el apartado 2 del artículo 553-38 ponga a cargo de la comunidad las reparaciones motivadas por vicios de la construcción o estructurales y las que afecten y beneficien a todo el edificio, parece que ya agota la mayor parte de gastos extraordinarios e incluso constituye un argumento de peso en favor de que la contradicción apuntada debe resolverse en el sentido de considerar un error la alusión que el artículo 553-38 hace a los gastos extraordinarios, o, si se prefiere, que esta resulta inoperante».

De manera distinta, considera CONTIJOCH PRATDESABA (111) que la aparente contradicción no es tal, si nos centramos en el estudio de cada precepto

(107) Dice CONTIJOCH PRATDESABA, R., «La Llei de Propietat Horitzontal catalana (II)», en *RJC*, 2007, núm. 2, pág. 182, que el apartado 3 del artículo 553-42 del Código Civil catalán recoge la experiencia y aplicación doctrinal de las previsiones del artículo 9.1.a) y b) LPH.

(108) Entre otros, DEL POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid, 2008, pág. 236.

(109) ABRIL I CAMPOY, J. M., en PUIG I FERRIOL, LL. / ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, volum IV, *Drets Reals*, Valencia, 2007, pág. 400.

(110) GINER GARGALLO, A., *Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña (art. 553-38)*, t. II, Barcelona, 2008, pág. 908.

(111) CONTIJOCH PRATDESABA, R., *op. cit.*, pág. 177. Repite más adelante (pág. 182) el mismo argumento. El artículo 553-38 hace referencia a los «servicios e instalaciones de carácter común» (en cuyo supuesto los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y mantenimiento son a cargo del copropietario de los elementos privativos que los gozan, mientras que la comunidad ha de asumir el coste de las reparaciones que se deben a vicios de construcción o a reparaciones que afecten y beneficien a todo el edificio); el artículo 553-42.3 contempla «el uso exclusivo de patios, jardines, terrazas, cubiertas del edificio o demás

específico. El artículo 553-38, al hacer mención de «los elementos comunes de uso restringido» y al estar incardinado en una norma que regula la conservación y mantenimiento de los elementos privativos y de los «servicios y las instalaciones que se ubiquen en los mismos», quiere referirse, sin duda, a los ramales interiores de las conducciones generales de agua, gas y electricidad e incluso de la calefacción central o del agua caliente central; es decir, elementos comunes respecto de los cuales hay que tener cuidado y responsabilidad. Por el contrario, el artículo 553-42.3 hace una concreta referencia a los «patios, jardines, terrazas, cubiertas del edificio o demás elementos comunes» atribuidos y vinculados como de uso exclusivo de un elemento privativo. Por ello, el legislador, en el primer caso, impone la carga al propietario de tener que soportar los gastos ordinarios y extraordinarios, mientras que en el segundo le atribuye únicamente el pago de los gastos ordinarios, corriendo a cargo de la comunidad los extraordinarios (además de las particularidades que resultan de la lectura de los dos preceptos).

IV. REPARACIÓN POR EL PROPIETARIO EN SUSTITUCIÓN DE LA PROPIA COMUNIDAD

La lectura de las sentencias de las Audiencias demuestra que hay casos en los que la comunidad, a pesar de ser su obligación, no lleva a cabo las obras de reparación de la terraza-cubierta. En buena lógica, se plantea si el propietario que sufre el daño ocasionado por las filtraciones, humedades, etc., puede, ante la inactividad del responsable, acometer por sí mismo las obras y posteriormente repercutir su coste en quien deba asumirlas conforme a los criterios legales que ya hemos analizado.

Siempre es recomendable no anticiparse, comenzar las obras por uno mismo tiene sus riesgos y conviene seguir los pasos marcados por la LPH que, básicamente, consisten en comunicar los desperfectos, requerir el pertinente acuerdo comunitario y, en su caso, demandar a la comunidad (112).

Ahora bien, no se puede descartar, y de hecho sucede con relativa frecuencia, que el propietario afectado, viendo la negativa de la comunidad a asumir sus

elementos comunes a uno o varios elementos privativos», o sea, destacamos que la diferencia es que no se trata de «servicios o instalaciones comunitarias» sino de elementos propiamente comunes, como son ejemplo los citados expresamente.

(112) En ocasiones, pesa la circunstancia de que el propietario tenga contratado un seguro, que efectúa la reparación de los desperfectos y posteriormente pasa factura a la comunidad. Entre otras, puede verse la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (EDJ 1997/14353), donde la compañía aseguradora ejercita la acción contra la comunidad de propietarios y su aseguradora, por razón de los daños producidos en el local de su asegurado y que fueron ya debidamente indemnizados.

obligaciones, ejecute las obras de reparación por sí mismo y reclame después el abono de los gastos (113).

Es el caso de la SAP de Madrid, de 29 de noviembre de 1994 (114). Se produjeron desperfectos en los pisos de los actores a consecuencia de las hu-

(113) No faltan, sin embargo, casos en los que el propietario realiza la reparación sin esperar a la decisión de la comunidad, admitiendo tal proceder los Tribunales. Así, en la SAP de Asturias, de 12 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/106744): «Examinado el supuesto (filtración de agua en domicilio) es lo cierto que los actores realizaron la reparación sin esperar a la decisión de la comunidad. Sin embargo además de que la comunicación —aunque no con la suficiente antelación— existió, la infracción del deber impuesto, no puede llevar a considerar que quede excluida la aplicación del principio de contribución general al sustento de los gastos de conservación del inmueble. La consecuencia sería la contemplada en el artículo 9 g) es decir, responder frente a la comunidad de la infracción de la obligación, lo que no entraña la exoneración de la comunidad de satisfacer tales gastos, sino la del nacimiento de la obligación del copartícipe de indemnizar a la comunidad todos los daños y perjuicios que su actuación cause».

(114) *EDJ* 1994/13359.

«Don Jesús y don Manuel pusieron en conocimiento de la comunidad, en todo momento, cómo las distintas goteras producidas desde el tejado y cubierta estaban generando daños en los pisos 3.º A y 3.º C. Desoye la comunidad los requerimientos de los comuneros, de forma que se procede a efectuar requerimiento notarial en la forma y modo que constan en los folios 14 a 28 de las actuaciones en 25 de junio de 1992. La comunidad desoye el requerimiento y los actores ejecutan por sí las obras tras confeccionar los oportunos presupuestos para luego abonar su importe en cuantía de 460.000 ptas., en lo que se refiere a don Jesús, y 460.990 ptas. en lo que atañe al otro litigante actor».

Las obras se ejecutan en un elemento común, «como es la terraza o tejado del inmueble que como tal elemento común se recoge en el artículo 396 del Código Civil, nuevamente redactado por Ley de Propiedad Horizontal de 1960. Es sabido como la relación de elementos comunes del artículo 396 no es exhaustiva y como también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales ha ido matizando la configuración de otros elementos de carácter común, cual ocurre con las terrazas, a las que atribuye tal carácter, entre otras muchas, en SSTs de 14 de octubre de 1991 y 17 de febrero de 1993».

«La comunidad está obligada a mantener en buen estado la conservación del edificio (STS, Sala 1.ª, de 8 de junio de 1993, interpretadora de los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal). Si desoye o incumple sus obligaciones pueden perfectamente los propietarios individuales asumirlas en sustitución de la propia comunidad, que luego tendrá que asumir los gastos causados para la reparación del elemento común, lo que ocurre en nuestro caso. Las obras se ciñen a la techumbre-terraza del inmueble y no afectan a los elementos privativos de los litigantes. Sustituyen, como hemos dicho, a la comunidad, que incumple sus obligaciones, los propietarios afectados, siendo viable tal conducta como recoge la SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 1993. Ante las obras urgentes de reparación cabe, dice la sentencia repetida, la facultad del propietario afectado de llevarlas a cabo por cuenta de la comunidad si no existen los órganos comunitarios previstos en la Ley. Debe de añadirse a estos supuestos aquellos en que por desidia de la propia comunidad, aún teniendo constituidos sus órganos rectores, no atiende los requerimientos de los comuneros.

En nuestro caso se planteó la problemática en distintas Juntas y los actores requirieron notarialmente a la comunidad, dándole un plazo, no obstante lo cual no ejecutó las obras por lo que estos emprendieron su realización. No se trata de reparaciones ordinarias que pueda ejecutar el Administrador (art. 18,3 de la Ley de Propiedad Horizontal) sino de obras de carácter extraordinario, ante la cuantía de su importe y las propias características que las tipifican.

medades procedentes de la terraza-tejado de la vivienda, viéndose obligados a requerir a la comunidad y ante su inactividad ejecutar las obras por sí en la cuantía que consta en el procedimiento. No obstante haberse suscitado la problemática de las goteras y daños que se estaban produciendo en los pisos de los actores a partir del año de 1987, es lo cierto que la comunidad de propietarios no asumió sus obligaciones ni en el año 1990, como tampoco en los años 1991 y 1992, en los que se celebran las correspondientes Juntas de Propietarios y se deja constancia de la problemática existente.

En la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (115), la comunidad había retirado una barandilla de la terraza, que se encontraba en mal estado

Pues bien, la postura sustentada por los actores se ajusta a la Ley de Propiedad Horizontal en el marco de la comunidad que integran los distintos propietarios de los pisos o locales. Pues de otra forma se les impediría utilizar el elemento exclusivo por la desidia o incuria de la comunidad de propietarios, rompiéndose la dinámica convivencial que caracteriza al régimen de propiedad horizontal».

Para la Audiencia, las obras:

- «a) Eran extraordinarias y de carácter urgente;
- b) Se pretendió que las ejecutase la comunidad en el periodo y tiempo más adecuado;
- y c) No tenían porqué esperar los comuneros al ejercicio de una acción que al parecer la comunidad iba a emprender contra la Constructora del inmueble».

Más adelante, frente a la argumentación de la comunidad recurrente, en el sentido de que carecía de fondos, señala la Audiencia: «Que la comunidad no tenga fondos, para el caso de que este hecho obedeciese a la realidad, no impide que la Junta arbitre mecanismos necesarios para la obtención de los mismos, normalmente a través de cuotas de carácter extraordinario, pero nunca dos comuneros tendrán que soportar la crisis por la que pueda atravesar una Comunidad con incidencia negativa en el uso y disfrute de los pisos de que son titulares».

(115) *JUR* 2003/157655.

Dice la Audiencia: «La comunidad estaba obligada a reponer la barandilla, y ello por varias razones: 1.ª) Porque existía con anterioridad a su demolición, y formaba por tanto parte de la estructura del edificio. 2.ª) Porque, siendo la terraza accesible desde la vivienda de los actores, y teniendo dicha vivienda reservado su uso y disfrute exclusivo, la barandilla se configura como un inequívoco elemento de seguridad del elemento común terraza-cubierta, además de su función puramente ornamental o de estructura. No se concibe una terraza sin barandilla. Si la comunidad la retiró —con buen criterio, para evitar su caída, en todo o en parte, a la vía pública—, la Comunidad deberá reponerla, pues tal reposición se incardina en sus obligaciones derivadas del artículo 10 LPH, que recuerda que es obligación de la comunidad: «la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad». Y no cabe alegar que la barandilla se retiró porque los actores no lo hicieron, al incumbir a estos mantenerla en buen estado de conservación no se trata de la barandilla de un balcón particular, sino de la barandilla de una terraza-cubierta que es elemento común, barandilla cuya colocación resulta obligatoria fuere o no privativo el uso o disfrute de la terraza, correspondiendo a la comunidad, y no a los usuarios de la terraza, mantenerla en buen estado».

La comunidad no solo no repuso la barandilla, que previamente había retirado, sino que nada hizo por evitar el riesgo que supone que una terraza que es un elemento común y cuyo uso y disfrute exclusivo tienen reconocidos los titulares de la vivienda en la que se ubica continúe sin barandilla. Dice la Audiencia, a este respecto, que «en esta situación, los demandantes no están obligados a asumir el riesgo de un accidente, y ante la desidia de la

y con peligro de caer a la vía pública, pero no la repuso, lo que hicieron los demandantes —que tenían el uso exclusivo de la terraza—, considerando el Tribunal ajustado tal proceder ante la desidia de la comunidad.

En la SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005 (116), se causaron daños a los pisos inferiores por filtraciones producidas por defectos de impermeabilización. La comunidad se niega a asumir las reparaciones, incluso adoptó un acuerdo en este sentido, que fue impugnado y declarado nulo por el Juez de Primera Instancia, confirmando el fallo la Audiencia. Se condena a la comunidad a resarcir los gastos que inicialmente pagaron los propietarios afectados.

Un caso distinto a los anteriores es el de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (117). El Juez de Primera Instancia estima la demanda del propietario de la vivienda en la que se habían ocasionado los daños y perjuicios que tenían su origen en las filtraciones producidas por el deterioro o envejecimiento de la lámina existente bajo el solado de la terraza situada encima de la vivienda, y condena a la comunidad de propietarios demandada a reparar la terraza del edificio, obras que deberán ser comenzadas en el periodo de un mes a contar desde la firmeza de la sentencia y que deberán concluirse en el periodo máximo de dos meses desde su comienzo, «con la prevención de que, en el caso de no verificarse así, podrán ser realizadas por la parte actora, en cuyo supuesto deberá consignar la demanda (*sic*) el importe de los gastos que represente la reparación

comunidad, optaron por reponer ellos la barandilla, reposición cuyo coste es obligado asuma la comunidad, por ser la obligada legalmente a reponer aquella», añadiendo, en último término, que «siendo el coste de reposición ajustado a los precios de mercado, según la pericial practicada, y acreditado su desembolso por el técnico que la repuso, a la comunidad corresponderá reintegrarlo a los actores».

(116) *JUR* 2005/266818: «las obras efectuadas y reclamadas son de impermeabilización, no consistiendo, como interesadamente dice la apelante, en mera superposición de una fibra de vidrio en el solado, sino también en aplicar antes tres manos de pintura de caucho, una de imprimación y dos de terminación (...) carácter de obra de impermeabilización, no otras, que es sustentado por el representante legal de Syser, S. L., afirmando que se excluyeron otras dado el buen estado del pavimento, procediendo únicamente a las obras de impermeabilización y excluyendo o descontando las partidas inicialmente presupuestadas por “picado” y “rellenando de huecos” (...) buen estado del pavimento que resulta también de la prueba pericial practicada por el arquitecto don Augusto, quien reconoció la terraza, afirmando que es capaz de recoger las aguas fluviales mediante tres sumideros de 16 cm. de diámetro..., siempre y cuando tanto la junta constructiva transversal como el resto del pavimento de la terraza se encuentre adecuadamente impermeabilizado. Siendo precisamente la impermeabilización de las dos grietas que forma dicha junta, en sentido transversal, justamente en la mitad de la terraza, las que reclamó notarialmente la señora Nieves (...). Obras de inequívoca impermeabilización que han impedido continúen las filtraciones a pisos inferiores, pues de no haber sido así se hubiese denunciado por la demandada-apelante (...). En suma, se produjeron filtraciones por defectos de impermeabilización, se causaron daños a los pisos inferiores, las obras de reparación eran necesarias, no se asumieron por la comunidad de propietarios y fueron efectuadas por encargo de los actores las obras de impermeabilización necesarias y pagadas por ellos, quienes no tenían tal obligación y tienen derecho a ser resarcidos por la comunidad».

(117) *AC* 1999/2772.

de los desperfectos, todo ello con imposición de las costas de este juicio». Aquí, a diferencia de los supuestos anteriores, la posibilidad de sustitución se apunta en el fallo condenatorio, como medida a utilizar si la comunidad no cumple voluntariamente con su obligación de reparación.

V. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El enjuiciamiento de los hechos se hace, en muchas de las sentencias estudiadas, de acuerdo con los criterios de la responsabilidad extracontractual (118). Habitualmente las demandas se apoyan en el artículo 1902 del Código Civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), pero no faltan casos en los que es el artículo 1910 del Código Civil el que sirve para fundamentar la acción reparación («El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma») (119).

El plazo de prescripción es, por tanto, el de un año (art. 1968.2 CC), tanto si se solicita la reparación de la terraza desde la que se han producido los daños, como si la anterior petición se ve acompañada por otra en la que el demandante pide la reparación de los desperfectos causados en el local o vivienda de su propiedad (120).

El tema se aborda en la SAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (121). La sentencia considera que incumben a la comunidad los gastos de conservación y mantenimiento de la terraza desde la que se produjeron las filtra-

(118) Como dice la SAP de Barcelona, de 2 de julio de 2007 (*JUR* 2007/285321), «es evidente que entre los litigantes no existe vínculo contractual alguno...».

(119) Señala MARTORELL ZULUETA, P., *op. cit.*, pág. 136, que la elección no es baladí, pues mientras el artículo 1902 del Código Civil consagra una responsabilidad subjetiva, «la opción por el artículo 1910 —cuando proceda, que no siempre procede— nos colocará en la posición de ventaja de la objetivación de la responsabilidad, pues conviene destacar que el Tribunal Supremo entiende que el artículo 1910 del Código Civil consagra una clara muestra de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, prescindiéndose, por tanto, de la culpa...».

En la SAP de Barcelona, de 4 de julio de 2006 (*TOL* 1.053.475) se afirma que: «queda suficientemente acreditado en autos, que el local propiedad de la entidad actora sufre una serie de humedades en paredes y techos ocasionados por filtraciones provenientes de la terraza inmediatamente superior debidas a su deficiente impermeabilización. Siendo así que, según resulta de la nota simple informativa del Registro de la Propiedad, le corresponde a la vivienda de la planta primera, de la que es propietaria la demandada, “el uso y conservación exclusivos” de dicha terraza, debe concluirse, en principio, la responsabilidad de la misma, al concurrir los presupuestos de la responsabilidad extracontractual prevenida en los artículos 1902, en relación con el 1910 (precepto que establece una responsabilidad de marcado carácter objetivo), ambos del Código Civil».

(120) Sobre ambas peticiones, vid., entre otras, SSAP de Barcelona, de 30 de junio (*TOL* 1.024.218) y 4 de julio de 2006 (*TOL* 1.053.479).

(121) *EDJ* 1999/10922.

ciones (122) y que tenía la consideración de elemento común. Sin embargo, no se produce la condena por estimar prescrita la acción ejercitada, que era la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. La argumentación de la Audiencia es la siguiente: «Por lo que se refiere a la excepción de prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, los acertados razonamientos contenidos en la sentencia resultan plenamente ajustados a la prueba practicada, y así resulta que el actor en su demanda alude a daños producidos en junio de 1992 (Hecho Tercero), interrumpiendo la prescripción por acto de conciliación el 25 de noviembre de 1992, fecha en que se reanuda el cómputo del plazo; hace referencia a unas goteras que se constataron el 26 de abril de 1993 (Hecho Quinto), por la visita del Servicio Técnico de Obras del Ayuntamiento, iniciándose en junio de 1993 las obras que concluyen a finales de 1994 aportándose las facturas (docs. 24 y 25) y por lo tanto el agraviado supo de los daños a los efectos del artículo 1968 del Código Civil desde el 26 de abril de 1993, y la demanda se presentó el 22 de junio de 1995, por lo que se excedió con mucho del plazo de prescripción establecido por Ley no habiéndose acreditado por el actor otros daños posteriores y por los que pueda hablarse de “daños continuados”».

La SAP de Huelva, de 28 de marzo de 2006 (123) apunta, en cambio, a una solución distinta. Uno de los propietarios había pagado la reparación del atasco en los desagües y ahora reclamaba a la comunidad. La sentencia de primera instancia aplica la excepción de prescripción extintiva para rechazar la demanda, razonando que ha transcurrido más de un año desde que se reconoció la existencia de la deuda. La Audiencia revoca el fallo, por considerar que el plazo es el de quince años, cuando se reclaman los gastos de reparación de daños derivados de la falta de mantenimiento por parte de la comunidad de los elementos comunes del edificio. Los argumentos son los siguientes: «de las diversas fuentes de origen de las obligaciones la que da causa y nacimiento a la que aquí nos ocupa es la Ley, siendo la responsabilidad que se exige derivada de los deberes que impone el artículo 10 de la LPH. No hay supuesto de responsabilidad extracontractual en el sentido que expresan los artículos 1.902 y siguientes, ni cuasidelito identificable, sino incumplimiento por la entidad demandada de uno de los deberes que, en la compleja relación que existe entre propietarios singulares y la comunidad de la que forman parte (que dibuja un haz de derechos y deberes de cada uno entre sí), establece la LPH, en concreto su artículo 10.1. Se trata, pues, de un caso de responsabilidad legal o derivado del incumplimiento de una obligación *propter rem*, consustancial a la titularidad de los elementos comunes, siendo el caso

(122) Se trataba de la terraza de la primera planta que, a su vez, servía de cubierta a los bajos comerciales.

(123) *JUR* 2006/190655.

de aplicar las normas de los artículos 1.902 y siguientes, cuando esa dejadez o falta de cuidado en el mantenimiento de las instalaciones comunes causa daño a un tercero, no a un miembro de la misma al que atan, por parte y de manera similar, los deberes para con la comunidad que señala el artículo 9 de la LPH y cuyos incumplimientos no pueden ser calificados como casos de responsabilidad extracontractual; difícilmente puede decirse que cada uno de los condueños pueda ser considerado tercero frente a la propia comunidad de la que forma parte».

En este tipo de litigios merece especial atención la cuestión de los daños continuados. Difícilmente puede hablarse de prescripción cuando las humedades o filtraciones persisten, por poner dos ejemplos de los más habituales (124). El razonamiento de la SAP de Barcelona, de 30 de junio de 2006 (125), es claro a este respecto y desmonta el argumento de la recurrente que alegaba la prescripción de la acción, al fijar el origen de las humedades en una fecha que superaba ampliamente el plazo de un año: «Conviene recordar, a este respecto, la doctrina sobre el daño continuado recogida en la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, y para ello acudiremos a su sentencia de 20-7-2001 en la que apunta: «Dice la sentencia de 19 de enero de 1988 que “fuera de los daños instantáneos, la de aquellos de cierta permanencia ha obligado a sentar criterios sobre el *dies a quo* en el plano prescriptivo que establece el párrafo segundo del artículo 1968 del Código Civil. Y así, por más recientes, ya la sentencia de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado; y cuya doctrina ha sido ratificada por la posterior de 6 de mayo de 1985 y por la más reciente de 17 de marzo de 1986”»; la sentencia de 15 de marzo de 1993 reitera que «es también uniforme doctrina jurisprudencial la que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (sentencias de 12 de

(124) En la SAP de Barcelona, de 26 de septiembre de 2000 (*RJC* 2001, I, *Jurisprudència*, pág. 53 y sigs.) las filtraciones de agua de lluvia desde la terraza litigiosa, que afectaron a los locales inferiores, se produjeron en forma continuada desde 1979 hasta 1997. Al margen de esta circunstancia, es cierto también que hubo reiteradas reclamaciones para su subsanación desde el inicio de las filtraciones.

(125) *TOL* 1.024.218.

Vid., también, la SAP de Barcelona, de 11 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148530). Las humedades aparecieron en agosto de 1998 y la demanda se presentó en junio de 2000, por lo que la comunidad demandada alegaba que la acción de responsabilidad civil estaba prescrita. El Tribunal considera que se trata de un supuesto de daños continuados o de producción sucesiva o paulatina, en el que el siniestro se va agravando por el transcurso del tiempo a medida que se repiten sus agentes desencadenantes, por lo que el cómputo anual ha de situarse en el último estadio del total resultado, que fue septiembre de 1999.

diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986 y 25 de junio de 1960, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese “definitivo resultado” que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (sentencia de 25 de junio de 1990)». En igual sentido se manifiesta, con cita de otras varias, la sentencia de 24 de mayo de 1993, según la cual: «no puede olvidarse tampoco que es también consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida». Llega a la conclusión el Tribunal que no hay prescripción por cuando no se ha iniciado todavía el cómputo del plazo al estar actualmente produciéndose daños en la vivienda de la demandante.

Otra cosa es que se impugne el acuerdo comunitario en relación con la reparación a efectuar en la terraza del ático, sometido, como es lógico, a lo dispuesto en el artículo 18.3 LPH. Así ocurre en la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (126). Se desestima la demanda que pretendía la nulidad del acuerdo adoptado en Junta, en el que se acordaba por la comunidad demandada la reparación de las terrazas de los áticos derecha e izquierda del edificio, al considerar que eran elemento común del inmueble y por ello de cargo de dicha comunidad. La demandante consideraba, por el contrario, que dichas terrazas eran elemento o anejo privativo de cada uno de dichos áticos, por lo que no correspondía a la comunidad, sino a los titulares de los citados, asumir los gastos derivados de la reparación. La Audiencia señala que el plazo para el ejercicio de esta acción es el de un año y no el de tres meses.

En la misma dirección que la anterior, se pronuncia la SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005 (127). Resulta impugnado el acuerdo por el que se niega a la comunidad a hacer reparaciones en una terraza a nivel, que sirve de cubierta a los pisos que están bajo ella, por considerarla elemento privativo. Se considera que la comunidad tiene obligación de reparar las filtraciones de agua que afectaron a los pisos inferiores y que exigieron reparaciones en los mismos, reparación abordada por los actores por la negativa de la comunidad a asumirla. El Juez de Primera Instancia (y la Audiencia confirma) declaró nulo el acuerdo adoptado por la Junta, por el que se decidió no efectuar a su costa las obras de impermeabilización de la terraza. Dice la Audiencia: «La caducidad de la acción no es la ordinaria de tres meses, desde la fecha del acuerdo, sino la de un año, tal como establece el artículo 18.3 de la Ley de Propiedad Horizontal,

(126) JUR 2004/225961.

(127) JUR 2005/266818.

aplicable cuando la acción se contrae a actos contrarios a la ley». Adoptado, pues, el acuerdo en cuestión el 26 de abril de 2001 e interpuesta la demanda el 25 de abril de 2002, la acción no está caducada.

VI. ACCESO A LA TERRAZA PARA PROCEDER A LA REPARACIÓN

Cuando se trata de obras de reparación que incumben a la comunidad de propietarios, el dueño del piso deberá permitir el acceso a su vivienda, pues solamente de este modo se puede llegar hasta la terraza. Esta obligación tiene su encaje en el artículo 9.1.c) y d) LPH (128), conforme a los cuales, respectivamente, el propietario debe «consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados» y «permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores». La Ley impone esta obligación de forma imperativa, por lo que no tiene aquí ninguna operatividad la autonomía privada (129).

En realidad, la obligación de consentir en sentido general la entrada en el piso propio para cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 9 se extiende también al supuesto que contempla el artículo 10.1 LPH (130), que es la norma que permite, como antes se dijo, determinar la responsabilidad de la comunidad cuando se trata de desperfectos que no tienen origen en el uso normal u ordinario de la terraza.

Esta obligación del propietario tiene como contrapartida la obligación de la comunidad de dejar la casa tal y como la encuentra, además de resarcir los daños que eventualmente puedan ocasionarse con motivo de la reparación de la terraza (así, por ejemplo, los gastos originados por el desalojo de la vivienda durante las obras) (131). La obligación de indemnizar, a la que se alude en el

(128) A este respecto, además de las sentencias citadas en el texto, vid., también, la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (*EDJ* 1997/14353).

(129) Al respecto, PÉREZ VEGA, A., «“El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso”, a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de fecha 13 de diciembre de 2001 (*AC* 13/2002, 237)», en *Act.civ.*, 2003, núm. 30, pág. 817.

(130) Así, en concreto, PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, pág. 817, nota 6.

(131) La casuística con la que nos podemos encontrar es amplia. Así, citan FUENTES LOJO, J. V. / FUENTES-LOJO LASTRES, A. / BUFETE FUENTES-LOJO, *op. cit.*, pág. 1155, el siguiente caso: «Hemos de advertir... que la comunidad de propietarios no estará obligada a indemnizar al propietario del ático que disfruta de la terraza, por el importe de las cerámicas que se destruyeron como consecuencia de obras necesarias para evitar las humedades, aunque dichas cerámicas hubieran sido colocadas por dicho titular para el embellecimiento del mismo,

artículo 9.1.c) LPH, estará en función de la existencia y entidad del perjuicio ocasionado. La SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (132), que da por bueno el acuerdo comunitario por el que la comunidad asumía el gasto relativo a la tela asfáltica y el cincuenta por ciento de la mano de obra para la colocación de las baldosas en la terraza privativa, considera que este último coste viene a ser una compensación para los propietarios de la terraza por los inconvenientes que para ellos representa el tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica. La SAP de Barcelona, de 15 de enero de 2007 (133), indica que la comunidad debe abonar la reconstrucción del cerramiento de la terraza, consolidado hace más de veinte años y cuya retirada es ahora necesaria para las obras de la reparación de la cubierta —que consisten en levantar todo el suelo, colocar tela asfáltica y asegurar la plena estanqueidad—.

La entrada en la vivienda ha de ceñirse a lo estrictamente indispensable para las concretas obras de conservación y reparación, según su naturaleza y características y previamente acordadas en una junta de propietarios celebrada a tal efecto, empleando en su ejecución el menor tiempo posible. Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el propietario del ático puede exigir que la entrada se realice en los momentos que menos molestias o incomodidades se le ocasionen (134).

Si el ocupante del ático no cumple la obligación de permitir la entrada en el domicilio para efectuar reparaciones, será necesario acudir a la autoridad judicial (135), lo que seguramente ocasionará problemas cuando se trata de obras urgentes.

habida cuenta: 1) carecer la comunidad de responsabilidad alguna, tanto de tipo contractual como extracontractual, en orden a los vicios existentes en los elementos comunes, que debió reparar; 2) haberse colocado la cerámica por voluntad exclusiva del titular del ático que, en consecuencia, debe sufrir el daño, al ser este, como hemos dicho, ajeno a la comunidad».

(132) *RGD*, 1992, pág. 6143 y sigs.

(133) *JUR* 2007/192858.

(134) Las tareas de reparación, dice la SAP de Badajoz, de 30 de enero de 2003 (SP/SENT/57204), han de llevarse a cabo de la forma que menos dificulte o menos obstaculice aquel uso y disfrute que, en efecto, es exclusivo del propietario de la vivienda.

No sería admisible, por ejemplo, una entrada a horas intempestivas o con ocasión de estar enfermo o ausente el propietario. Así lo indica la SAP de Palma de Mallorca, de 28 de marzo de 1992 (*RGD*, 1993, pág. 912 y sigs.), que tampoco admite que se pueda obligar a los propietarios a que tengan depositado permanentemente en poder de un representante de la comunidad un ejemplar de las llaves de las puertas de la terraza.

(135) Dice CARRERAS MARAÑA, J. M., en *Propiedad Horizontal* (art. 10 LPH), directores: Díez Núñez, J. J. / González Martín, L. A., «Manuales de Formación Continuada», en *CGPJ*, t. II, Madrid, 2008, pág. 893, que habrá que acudir a un juicio declarativo ordinario, consecuencia de la reserva que por razón de la materia impone el artículo 249.1.8.º LEC, donde cabe la posibilidad de pedir, como medida cautelar, en la propia demanda o previamente, que el juzgado permita el acceso al piso o local con carácter preventivo, conforme los artículos 726.2 y 727, regla 11.ª, LEC.

Encontramos sentencias de Audiencias en las que se condena al propietario del piso en el que se encuentra la terraza a permitir el paso de personas y materiales a fin de realizar las reparaciones que procedan. No resulta infrecuente, a la vista de estos casos, la negativa del propietario u ocupante a franquear la entrada (136).

En la SAP de León, de 3 de junio de 2002 (137), se condena a la demandada a que permita el acceso a su vivienda para llevar a cabo las obras de reparación y subsanación de deficiencias existentes en la cubierta del edificio. La demandada alegaba la improcedencia de tales obras, porque entiende que no se halla acreditado que las humedades de la vivienda del 3.º izquierda se deban a la falta de impermeabilización de su terraza o cubierta del edificio, los riesgos que suponen dichas obras para el edificio, la falta de dirección técnica, así como la ausencia de la reglamentaria licencia municipal y en su caso autonómica o nacional, dada la situación del edificio en el entorno de la catedral de León. Para la Audiencia, «no revisten las obras que se pretenden llevar a cabo la trascendencia que la demandada quiere darle, pues conforme al presupuesto aportado por la Comunidad se trata del arreglo de la balaustrada y el vierteaguas, debiendo llevarse a cabo una “prueba de agua” en la terraza de la demandada que constituye también la cubierta del edificio y tiene por tanto carácter de elemento común del inmueble, la citada prueba y que es a lo que la demandada se opone, consistiría en crear un charco de agua de escasos milímetros en la terraza y por debajo siempre del rodapié de la vivienda de la demandada durante uno o dos días y con el fin de comprobar en que medida las humedades de la planta inferior pudieran provenir de deficiencias en la impermeabilización de la terraza citada. Pero es que en cualquier caso las alegaciones de doña Gregoria Margarita para oponerse a las pretensiones de la comunidad, se hallan fuera de lugar, ya que incumbe a la citada comunidad y no a ella, la determinación de las obras a realizar y su procedencia, y dichas obras fueron aprobadas por unanimidad de los asistentes en las Juntas de Propietarios celebradas, y sin que nadie ni incluso la ahora demandada impugnase los expresados acuerdos comunitarios, si consideraba que le causaban algún perjuicio. La Ley de Propiedad Horizontal es clara al respecto cuando dice en su artículo

(136) En estos casos, como señala PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, págs. 817 y 818, la entrada en el domicilio para efectuar obras comunitarias ha de adoptarse, ya que se trata de limitar un derecho fundamental, en una resolución judicial motivada precedida de un proceso declarativo, después de haberse acreditado exhaustivamente cuantos elementos componen la acción ejercitada, esto es, a la vista de las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, el Juez formará su convicción sobre la necesidad ineludible de entrar en el domicilio de quien se niega a autorizarlo, valorando los motivos de la negativa del propietario discordante frente al cumplimiento de los requisitos legales para la válida adopción del acuerdo comunitario en que se aprueba la reparación.

(137) *JUR* 2002/209628.

nueve que son obligaciones de cada propietario». Más adelante, concluye: «Por tanto, habiendo aprobado la Junta de Propietarios las obras correspondientes a que se refiere el Presupuesto elaborado por la empresa COVER, consistentes en el arreglo del vierteaguas y balaustrada del edificio, así como la “prueba de agua” a realizar en la terraza de la demandada, que constituye, como ya se ha dicho, un elemento común del inmueble al ser la cubierta de la planta tercera del mismo, es clara la procedencia de la acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios frente a la actitud obstruccionista de la demandada, cuyas alegaciones acerca de la oportunidad y procedencia de las obras, se hallan fuera de lugar, al no ser de su incumbencia, y sí de la Comunidad de Propietarios, la cual viene obligada de conformidad con el artículo 10 de la LPH a realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad, y sin perjuicio naturalmente de las acciones civiles que le puedan corresponder a la demandada, si las referidas obras le causaren algún perjuicio».

Otro caso es el de la SAP de Pontevedra, de 13 de marzo de 2003 (138), en el que se condena a los propietarios de las viviendas a las que pertenecen las terrazas-cubiertas de autos a permitir el acceso y paso de personas y materiales por sus viviendas para que la comunidad de propietarios, que era la demandante en este proceso, pueda realizar en las terrazas de su propiedad las obras necesarias a fin de reparar las filtraciones de agua y humedades sufridas por la viviendas. Dice la Audiencia que «se acredita la celebración de Junta General Extraordinaria de Propietarios de fecha 30-3-2001 en la que, ante la interpelación de determinada perjudicada, se plantea la necesidad de reparar, acordándose el acometimiento de la eliminación de humedades más urgentes, así como recabar informes y presupuestos al objeto de dar solución definitiva al problema, junta en la que comparecieron los demandados sin formular oposición ni impugnar lo acordado —folios 10 y 11—. Y con la directa finalidad de afrontar las acuciantes filtraciones se proyecta tratamiento con pintura específica impermeabilizante con duración aproximada de diez años, cuya realización viene siendo truncada por la negativa al acceso de sus terrazas por los demandados, desatendiendo sucesivos requerimientos postal y notarial remitidos por la comunidad con la expresa indicación del carácter urgente de las obras —folios 12 y sigs.—. Valorando lo cual, debe concluirse la obligación de los interpelados

(138) *JUR* 2003/158292. «Ambas partes en litigio —dice la sentencia— coinciden en reconocer la realidad de las filtraciones y humedades procedentes de las terrazas-cubierta del edificio, así como la consiguiente necesidad de reparación, discrepando del calado de la misma. La comunidad actora peticiona en demanda el acceso para llevar a cabo los trabajos más urgentes, sin perjuicio de recabar informes y presupuestos en orden a la recuperación a fondo del inmueble en un futuro próximo hasta cuya llegada sea posible la correspondiente costosa financiación, mientras que los demandados defienden la inmediata saneación (*sic*) definitiva».

de permitir de inmediato el acceso a sus inmuebles para poderse ejecutar dicha reparación urgente, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1.c) y d), 17 y demás concordantes LPH».

Si el propietario no cumple con la obligación legal de permitir la entrada en su piso para que la comunidad efectúe las reparaciones que le incumben, deberá responder de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar (pensemos, por ejemplo, en la agravación de los daños como consecuencia del retraso que produce la negativa del propietario), siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. La indemnización es procedente, tanto si hay negativa como demora injustificada en el cumplimiento de esta obligación (139).

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL REPARACIÓN DE LAS TERRAZAS

Desde una perspectiva esencialmente práctica, son evidentes los problemas que plantea la reparación de la terraza del ático para la comunidad de propietarios. Suele ser frecuente que este elemento común tenga atribuido su uso exclusivo al propietario del ático que tiene acceso directo a la terraza. Los tipos posibles de reparaciones y la forma de proceder al pago de los gastos que las mismas originan constituyen la finalidad de este trabajo. Se presta especial atención a la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, formulando observaciones críticas al planteamiento tradicional, ya que la solución debería tener en cuenta criterios que proporciona la técnica constructiva. Otros temas abordados son el plazo para el ejercicio de la acción y el acceso a la terraza para proceder a la reparación.

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY REPAIR OF THE TERRACES

From an essentially practical perspective, there are evident problems for the owners' community, stated by the repair of the attic terrace. It is frequent that this common element has the exclusive use attributed to the owner of the attic who has direct access to the terrace. Possible types of repairs and how to proceed with payment of the expenses that they originate constitute the purpose of this paper. Special attention to the distinction between ordinary and extraordinary repairs, formulating critical observations to the traditional approach, since the solution should take into account criteria that provide the construction technique. Other topics include the term for the exercise of the action, and the access to the terrace to proceed to the repair.

(Trabajo recibido el 26-2-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

(139) Hacen referencia a estas dos situaciones MORILLO GONZÁLEZ, F. / ECHEVERRÍA SUMMERS, F., *Manual práctico de propiedad horizontal*, Pamplona, 2008, pág. 94.