Roj: **SAP MU 634/2018** - ECLI: **ES:APMU:2018:634**

Id Cendoj: **30016370052018100114**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Cartagena**
Sección: **5**
Fecha: **06/03/2018**
Nº de Recurso: **4/2018**
Nº de Resolución: **54/2018**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00054/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de CARTAGENA

Modelo: 1280A0

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

Tfno.: 968.32.62.92. Fax: 968.32.62.82.

Equipo/usuario: RAC

N.I.G. 30035 41 1 2015 0012757

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000004 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SAN JAVIER

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293 /2015

Recurrente: CATALANA OCCIDENTE SA, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000

Procurador: , MANUEL SOLA CARRASCOSA

Abogado: , JOSE JORGE CANTADOR COMPANY

Recurrido: MABARMARCON, S.L.

Procurador: ROSA NIEVES MARTINEZ MARTINEZ

Abogado: ANTONIO CANO PEREZ

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION 5 ª DE CARTAGENA

ROLLO DE APELACIÓN N º 4/2018

JUICIO ORDINARIO 293/2015

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3 DE SAN JAVIER

SENTENCIA Nº 54

ILTMO. SR. D JACINTO ARESTE SANCHO

ILTMO. SR. D. MATÍAS MANUEL SORIA FERNÁNDEZ MAYORALAS

ILTMO. SR. D.JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a 6 de Marzo de 2018.

La Sección de Cartagena de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Iltmos. Sres. Expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario 293/2018 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Javier de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por la Procuradora Dª. Alicia Ros Hernández y dirigidos por el Letrado D. Jorge Contador Company y como apelada MABARMARCON,S.L. representada por la Procuradora Rosa Nieves Martínez Martínez, y con la asistencia letrada de D. Antonio Cano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Javier en los referidos autos, tramitados con el núm. de Juicio Ordinario 293/2018 se dictó sentencia con fecha 13 de Julio de 2017 , cuya parte dispositiva dice entre otras lo siguiente: "QUE ESTIMO la demanda presentada por MABARMARCON SL y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 a abonar al demandante la cantidad de tres mil seiscientos treinta y ocho con seis euros (3.638'06€) por los daños causados por las filtraciones, asi como a realizar todas las obras necesarias para adecuar la cubierta de manera que no vuelva a causar perjuicio al actor.

Se impone a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 las costas de este procedimiento.

Por auto de fecha 16 de Octubre de 2017, se completa la sentencia , por que se absolvía a SEGUROS CATALANA OCCCIDENTE, S.A., todo ello sin hacer expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuesto recurso de apelación por la parte demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 en tiempo y forma que fue tramitado conforme a lo dispuesto en el art. 457 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y remitidos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente Rollo de Apelación designándose Magistrado Ponente y se señaló día para la votación y fallo el día de la fecha.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ, que expresa la convicción del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de 1º Instancia, que estima la demanda sobre reclamación de cantidad por daños sufridos en su inmueble por filtraciones del piso superior y en concreto de la terraza y condenó a la demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 al pago de la cantidad reclamada y obras de reparación . Se formula por ésta recurso de apelación, por considerar que aun partiendo de la localización y origen de los daños en la terraza de la vivienda ubicada en la escalera nº NUM000 . NUM000 NUM001 , lo que se discute es que el origen de tales daños a juicio del recurrente no se produce en elementos comunes del inmueble del que forma parte la comunidad demandada , sino en elementos privativos, esto en la terraza del propietario de dicha vivienda, por el uso inadecuado y falta de mantenimiento del solado y desagües y no a elementos estructurales , alegando igualmente su desacuerdo con la sentencia en cuanto a la naturaleza jurídica de la misma que considera en todo caso privativa y no de titularidad comunitaria como resulta del título constitutivo y siendo por tanto responsable de su mantenimiento su propietario y en cuanto a las costas no serían de imposición por cuanto existirían serias dudas de derecho y si en supuesto similar por otro Juzgado de San Javier se resolvió a favor de la recurrente.

Por la parte apelada, se formuló escrito de oposición al recurso de la contraparte solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. Siendo indiscutido que el origen de los daños en la vivienda del actor que es el Dúplex NUM002 de la DIRECCION000 provenientes de la terraza a nivel y privativa , de la vivienda ubicada en la escalera nº NUM000 . NUM000 NUM001 ,que forma parte de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , y que tiene por causa según la pericial obrante en el proceso y aportado por la actora , en cuanto a que la causa de los daños por filtraciones en su vivienda , se deben a que la terraza del piso superior que es la vivienda ubicada en la escalera nº NUM000 . NUM000 NUM001 , presentaba las juntas de dilatación abiertas y el sumidero de recogida de pluviales roto , siendo por tanto la discusión y el objeto del presente recurso , como queda dicho anteriormente en la determinación en primer lugar si la terraza la vivienda ubicada en la escalera

nº NUM000 . NUM000 NUM001 al ser privativa y como sostiene la parte recurrente , así como el origen de los daños , se debe exclusivamente al uso de la misma por su propietario y a la falta de mantenimiento ,y no a la comunidad de propietarios al no ser un elemento común.

Alegación que debe ser desestimada, por cuanto del informe pericial aportado por la actora ,no contradicho por otra prueba que aportase la demandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , se señala como causa u origen de las filtraciones en la vivienda del actor ,

Se dice el recurso que consiste el error del Juzgador basado en un informe pericial de parte, donde nada se dice que las filtraciones se produzcan en elementos estructurales del edificio, sino que tales filtraciones se deben solamente a la falta de mantenimiento del solado de la terraza del piso superior , juntas de dilatación abiertas y sumidero de recogida de aguas pluviales , responsabilidad del propietario y no de la comunidad demandada, lo que se anticipa debe ser desestimado .

Como señala con claridad la SAP Murcia (Sección 1ª) núm. 229/2012, de 27 de abril (JUR 2012/185029), con cita de la SAP Las Palmas (Sección 4ª) de 7 de noviembre de 2011 , que a su vez se refiere a la doctrina sentada por la SAP Cáceres (Sección 1ª) de 21 de julio de 2011 "...lo determinante a la hora de resolver quien debe asumir el coste de las reparaciones, no es la titularidad, privativa o común de la terraza, sino la naturaleza de los gastos a satisfacer, que está en relación, a su vez, con la índole de la reparación a efectuar, de forma que, si son ordinarios o normales, de conservación o uso, corresponderán a los usuarios de la terraza, y si son extraordinarios y el elemento a reparar cumplía función estructural de elemento de cubrición, actuando en la práctica en beneficio común, todos deben contribuir a costear la reparación y, por tanto, serán de cargo de la comunidad. Lo relevante será, por tanto, si en los daños o desperfectos de la terraza domina el elemento privativo o común, y, en todo caso, para qué sean exigibles al propietario que usa la terraza en exclusiva, deberá probarse que dichos daños se deban a una actuación suya dolosa o negligente.", y ello porque, como señala la STS de 17 de febrero de 1993 , citada por la misma sentencia, "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 pertenezcan, 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, y de aquí, que el matiz diferenciador que importa, por su relevancia, es el concerniente a la naturaleza de los gastos a satisfacer, lo cual, está en relación, a su vez, con la índole de la reparación a efectuar...".

Estás claro, pues, que habrá que diferenciar, para atender a quién corresponden las obras de reparación en una terraza que es de uso o titularidad privativa, en función del tipo de desperfecto a subsanar y obra que es requerida para ello, es decir, de la naturaleza de los gastos a satisfacer, de forma que si dichas obras o trabajos son ordinarios o normales, de conservación o de uso, como puedan ser los gastos de reparación o sustitución de solado, o atascos en sumideros, su importe y ejecución corresponderá al propietario titular del uso o propiedad de la terraza, pero si se trata de gastos extraordinarios, ajenos al uso ordinario de la terraza, como son los que afectan a la obra gruesa del elemento arquitectónico que es la terraza, que cumple una función estructural de elemento de cubrición en beneficio de todo el edificio, y en particular, y de forma más inmediata, de los pisos inferiores, como es la tela asfáltica existente bajo el solado para impermeabilizar, y el material de sostén o entramado estructural de la terraza, dichos elementos son estructurales del edificio, y tienen, por tanto, naturaleza o carácter común.

En este sentido se ha manifestado, también con claridad, la STS (Sección 1ª) núm. 273/2013, de 24 de abril (RJ 2013/3497) cuando señala en su FD.3º, para revocar la SAP Madrid (Sección 19ª) de 13 de julio de 2010 , que "Ciertamente, la sentencia confunde la terraza con un elemento común de impermeabilización, como es la cubierta del inmueble. No son las terrazas el elemento necesitado de reparación, ni causante de las humedades, ni era, en definitiva, el objeto de la controversia. Las terrazas de los edificios constituidos en el régimen de propiedad horizontal son elementos comunes por destino, lo que permite atribuir el uso privativo de las mismas a uno de los propietarios. Lo que no es posible es atribuir la propiedad exclusiva en favor de algún propietario, de las cubiertas de los edificios configurados en régimen de propiedad horizontal donde se sitúan las cámaras de aire, debajo del tejado y encima del techo, con objeto de aislar del frío y del calor y que resulta ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios tal como los cimientos o la fachada del edificio por ser el elemento común que limita el edificio por la parte superior. La cubierta del edificio no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (SSTS 17 de febrero 1993 (RJ 1993, 1239), 8 de abril de 2011 (RJ 2011 , 3156); 18 de junio 2012 (RJ 2012, 9318), entre otras). El hecho de que los daños que se causaron se deban al mal estado de la tela asfáltica, que asegura la impermeabilización del edificio, y que esta se encuentre situada bajo el suelo

de la terraza que sirve de cubierta del edificio, determina su naturaleza común al ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios, por lo que su reparación constituye una obligación propia,..."

Por tanto, para qué sean exigibles al propietario que tiene el uso exclusivo de la terraza, o que es propietario de la misma, la reparación de esos elementos estructurales comunes, como es la tela asfáltica que sirve para la impermeabilización del edificio, o como es el entramado estructural de la cubierta, o las canalizaciones comunitarias, deberá probarse que dichos daños se deben a una actuación suya dolosa o negligente, que de alguna manera ha contribuido directamente a su rotura o deterioro, lo que no queda probado , dicha actuación negligente o dolosa . Es evidente que las terrazas a nivel que sirven a su vez de cubierta de la edificación , producen daños al piso inferior al que sirven como techo por filtraciones de agua , estas no solo tiene su origen en el solado , sino en elementos estructurales que por naturaleza sirven a la comunidad , ya que el solado y el sumidero de aguas pluviales , por sí solo , no forma parte de la terraza , que es la parte superior del techo, prescindiendo de la tela asfáltica , cámara de aire y demás elementos estructurales , comunes por naturaleza, que son los últimos elementos que hacen que las filtraciones atraviesen el techo y afecten a los elementos privativos del pisos inferior , siendo el techo elemento comunitario, y cuyo mantenimiento y gastos por desperfectos corresponde a la comunidad , sin perjuicio de que en el solado que sirve de terraza al propietario exclusivo , le obligue a su adecuado mantenimiento como gasto ordinario ,así como la limpieza de sumideros en la entrada de recogida de aguas pluviales , pero cuando las filtraciones , sobrepasan el entramado del techo y los elementos que por naturaleza deben evitar las filtraciones como son la tela asfáltica, conducciones interiores de desagüe que atraviesa el techo o mal estado de la cámara de aire y demás elementos de impermeabilización , salvo que se demuestre negligencia o dolo causantes por el propietario de la terraza a nivel , que hiciesen desaparecer por su propia actuación ,la protección de los elementos comunitarios por naturaleza y dispuestos para evitar las filtraciones , es a la comunidad de propietarios a quien corresponde su reparación cuando estos se producen, por cuanto no se puede obviar que dicha terraza , cualquiera que sea su carácter comunitario o privativo , la funciona de esa terraza llamada a nivel , forma parte de la cubierta del edificio e impide que por naturaleza se pueda desafectar de los elementos comunes, sin que como queda dicho el techo o cubierta , solo lo constituya el solado o entrada de sumidero, aunque su uso sea privativo en ese nivel y aunque en la `pericial no se diga de daños estructurales como sostiene el recurrente , no niega las filtraciones y daños causados por las mismas en el piso inferior, y que tales daños son extraordinarios y se derivan de la cubierta de la edificación. El perito no puede decidir la cuestión jurídica controvertida en este proceso , solamente la apreciación y dictamen sobre los hechos que a su juicio son las causa del siniestro , mas no otras cuestiones jurídicas objeto del proceso, aunque se omite deliberadamente por la parte recurrente que el propio perito manifiesta a modo de conclusión en su informe en la pagina 3 : *" Se trata de filtraciones por cubierta comunitaria de uso privativo al tratarse de cerramiento horizontal del edificio , por lo que será conveniente comunicar a la comunidad su obligación de mantener dicha cubierta en mal estado y evitar que se vuelva a producir este tipo de siniestro por no acometer diligentemente el correcto mantenimiento de la misma .* En consecuencia procede la desestimación del recurso formulado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 y la confirmación de la sentencia.

TERCERO.- Que a tenor de lo dispuesto en el art. 398 de la L.E.C . al desestimar el recurso de apelación procede hacer expresa condena en costas al apelante.

En cuanto a las costas de la primera instancia, se alegó en el recurso que no debe ser condenada en costas en la primera instancia, puesto que no recibieron notificación alguna de la carta que como documento número tres se acompaña a la demandad y hubo varios correos con la actora de que no se podían hacer cargo de los daños por otra sentencia de un Juzgado de San Javier en un supuesto similar, lo que da lugar a serias dudas de derecho. Lo que no puede tener favorable acogida, al no citar la jurisprudencia contradictoria en la que se sostienen dichas dudas y por otro la lado la comunidad de propietarios se hará responsable siempre, y en todo caso, respecto de los daños derivados por las filtraciones de agua de una parte de la cubierta del edificio que es elemento común y de cuyo buen estado debe responder en todo caso, tomando las medidas oportunas.

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

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el PUEBLO ESPAÑOL.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Manuel Sola Carrascosa en representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de San Javier, de fecha 13 de Julio de 2017 , debemos de CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la misma, con expresa condena en costas a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia, conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, si la resolución de ese recurso presenta interés casacional, y, de ser así, también extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse presentando un escrito ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro del plazo de veinte días a contar desde su notificación, en el que se exprese, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue, y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ