

Id Cendoj: 28079110012010100568  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2458/2005  
Nº de Resolución: 413/2010  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

**Propiedad horizontal.** Estatutos contrarios a norma imperativa. Se estima.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación interpuesto por don Ángel , don Erasmo y don Julián , representados ante esta Sala por la Procuradora doña Lidia Leiva Cavero, contra la sentencia dictada en grado de apelación -rollo nº 208/2005- en fecha 19 de septiembre de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el nº 655/2004 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos.

Han sido parte recurrida don Luis Antonio y doña Milagrosa , representados ante esta Sala por la Procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvin.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1º.- El Procurador don José María Manero de Pereda, en nombre y representación de don Ángel , don Erasmo y don Julián , promovió demanda de juicio declarativo ordinario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos contra don Luis Antonio y doña Milagrosa en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "(...) Dar al Juicio el trámite legal y, en su día, dictar sentencia por la que, estimando la demanda: 1.- Se declare que los demandados, don Luis Antonio y doña Milagrosa , deben retirar el cerramiento de la terraza de su vivienda, sita en Burgos, CALLE000 , NUM000 - NUM001 NUM002 , reflejado en las fotografías presentadas como documentos números 13 y 14 de la demanda y reponer dicha terraza a su estado original, anterior a la ejecución de dicha obra de cerramiento. 2.- Se condene a los demandados, don Luis Antonio y doña Milagrosa , a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a ejecutar las obras necesarias para retirar el cerramiento de la terraza y reponerla a su estado original, anterior a la ejecución de dicha obra de cerramiento. 3.- Se impongan las costas a los demandados".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la Procuradora doña Mercedes Manero Barriuso, en nombre y representación de don Luis Antonio y doña Milagrosa , se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: "(...) Se dicte sentencia en su día por la que se desestime totalmente la demanda, absolviendo de la misma a mi parte con imposición de costas a la parte contraria".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos dictó sentencia, en fecha 2 de febrero de 2005 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "*Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Manero de Pereda, en representación de D. Ángel , D. Julián y D. Erasmo , contra D. Luis Antonio y Milagrosa , representados por la Sra. Manero Barriuso, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de costas a los Actores de las costas procesales causadas*".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia, en fecha 19 de septiembre de 2005 , cuyo fallo es del siguiente tenor

literal: " *Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel , D. Julián y D. Erasmo , contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2005, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos , en los autos de Juicio Ordinario nº 665/2004, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante* ".

**SEGUNDO.-** 1º.- Por la representación procesal de D. Ángel , D. Julián y D. Erasmo , con fecha 17 de noviembre de 2005, se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada, en fecha 19 de septiembre de 2005, por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª , en el rollo nº 208/2005 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 655/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos.

2º.- **Motivo del recurso de casación** . Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de los artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal y la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de esta Sala de fecha 8 de octubre de 1993 y 28 de enero de 1994 .

3º.- Por Providencia de fecha 21 de noviembre de 2005, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes litigantes, que se verificó con fecha 28 de noviembre siguiente.

4º.- La Procuradora doña Lidia Leiva Cavero, en nombre y representación de don Ángel , don Erasmo y don Julián , y la Procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvin, en nombre y representación de don Luis Antonio y doña Milagrosa , han presentado escritos, con fecha 13 y 15 de diciembre de 2005, compareciendo ante esta Sala como parte recurrente y como parte recurrida, respectivamente.

5º.- La Sala dictó auto de fecha 24 de junio de 2008 cuya parte dispositiva dice literalmente: "1.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Ángel , D. Erasmo y D. Julián contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de septiembre de 2005, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda), en el rollo de apelación 208/2005, dimanante de los autos 655/2004 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos. 2.- Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito, en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría ".

**TERCERO.-** Con fecha 3 de septiembre de 2008, la Procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvin, en nombre y representación de don Luis Antonio y doña Milagrosa , presentó escrito de oposición al recurso de casación, suplicando a la Sala "(...) Tenga por presentado este escrito y por formulada oposición al escrito de casación, solicitando se dicte sentencia que lo desestime e imponga las costas a la parte recurrente".

**CUARTO.-** La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 9 de junio de 2010 , en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Don Ángel , don Erasmo y don Julián , como copropietarios de diferentes viviendas pertenecientes a la Comunidad de Propietarios de los Edificios NUM003 - NUM004 de la CALLE000 de Burgos, formularon demanda de juicio ordinario contra los también propietarios don Luis Antonio y doña Milagrosa . Solicitaban que se condenara a los demandados a retirar el cerramiento de la terraza de su vivienda y a reponer dicha terraza a su estado original. Razonaban que los comuneros no habían requerido el necesario consentimiento de la Comunidad para la realización de las referidas obras, que afectan a la fachada del edificio, sin que la facultad conferida a través de los Estatutos comunitarios, relativa a la posibilidad de cubrir las terrazas sin el consentimiento de la Comunidad, pueda tener validez alguna, entre otros motivos, por contradecir normas de carácter imperativo, en concreto, el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal .

La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

La Audiencia rechazó el recurso de apelación formalizado por los actores y confirmó la decisión alcanzada por el Juez de Primera Instancia, al considerar que, si bien el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal exige el consentimiento unánime de la Junta de Propietarios para la válida realización de obras que alteran la configuración o estado exterior del edificio, resulta que nada impide que esta autorización "ex

*ante* ", otorgada a través de los Estatutos de la Comunidad, sea plenamente válida. Añade que, frente a lo alegado por los recurrentes, la autorización prevista en los Estatutos no fue modificada posteriormente por la Junta de Propietarios, así como que las obras efectuadas por los demandados contaron con las licencias municipales necesarias para su válida ejecución.

Frente a tal decisión, los actores formularon recurso de casación, al amparo del *ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Denuncian la vulneración de los *artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal* y la oposición, de la sentencia recurrida, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. No obstante, la parte del recurso relativa al interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales no fue admitida, al no resultar correctamente acreditado el interés casacional, tal y como explica el auto que admitió a trámite el recurso de fecha 24 de junio de 2008 .

**SEGUNDO** .- La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida, al concluir que los Estatutos de la Comunidad pueden eximir a los propietarios de solicitar el consentimiento de la Comunidad para realizar obras que alteren el estado exterior del edificio, está reconociendo la posibilidad de que los referidos Estatutos vulneren normas de naturaleza imperativa, como lo son las contenidas en los *artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal* . La Audiencia ha concluido que las obras realizadas por los demandados son plenamente válidas, pese a no haber obtenido un consentimiento unánime de la Junta de propietarios, y ello por cuanto los Estatutos de la Comunidad autorizaban su realización sin necesidad de tal consentimiento. Considera la Audiencia que, sin ser objeto de discusión que el *artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal* goza de una naturaleza imperativa, de modo que cualquier alteración del estado exterior del edificio exige el consentimiento de la Junta de Propietarios, nada impide que tal consentimiento pueda ser otorgado "*ex ante*" , mediante los Estatutos que, en definitiva, han sido ratificados por todos y cada uno de los adquirentes de los pisos.

Esta Sala ya ha señalado en diversas ocasiones que es un principio básico del régimen de la **Propiedad Horizontal**, instituido por su Ley reguladora, la prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo. La Exposición de Motivos de la Ley de **Propiedad Horizontal** señala, en referencia expresa a los Estatutos que rigen la **Propiedad Horizontal**, lo siguiente: "*Estos, frecuentemente, no eran fruto de las libres determinaciones recíprocas de los contratantes, sino que, de ordinario, los dictaba, con sujeción a ciertos tipos generalizados por la práctica, el promotor de la empresa de construcción, limitándose a prestar su adhesión las personas que ingresaban en el régimen de la **propiedad horizontal**. La ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí -con las salvedades dejadas a la iniciativa privada- para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones, y, por otro lado, admite que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley. De ahí que la formulación de Estatutos no resultará indispensable, si bien podrán éstos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones*".

Lo cierto es que en los Estatutos que rigen la Comunidad a que el presente pleito se refiere se excluye, de manera expresa, la aplicación de un precepto de naturaleza imperativa, cuando textualmente contempla lo siguiente: "*TERRAZAS: Quedan facultados los propietarios de dichas terrazas a cubrir las mismas, sin necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios, siempre y cuando cuenten con los permisos y autorizaciones municipales pertinentes*" . Resulta jurídicamente indiscutible que el cerramiento de terrazas supone una alteración en un elemento común, cual es la fachada del edificio, de modo que, conforme a lo establecido en el *artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal* , precisa para su válida realización un consentimiento unánime de la Junta de Propietarios.

La posibilidad de una autorización "*ex ante*" contenida en los Estatutos de la Comunidad, como admite la Audiencia, resulta contraria a la doctrina de esta Sala contenida en, al menos, dos de las sentencias citadas por el recurrente.

Así, la Sentencia de 8 de septiembre (por error, el recurrente dice octubre) de 1993 , recaída en el recurso de casación 3052/1990, indica en su Fundamento de Derecho Tercero que "*(...) consecuencia de lo expuesto es, que los "Títulos constitutivos" del régimen de P.H. o sus Estatutos en los que aparezcan excepciones a esos principios de "ius cogens", en cuanto excepcionales y además perjudiciales en muchos casos para un buen número de propietarios singulares, hayan de ser examinados e interpretados por los tribunales con criterio restringido*" .

A su vez, la sentencia de 28 de enero de 1994 (recurso nº 1381/1990 ) concluye que deben ser desestimados los acuerdos o pactos que impliquen o contengan infracciones a las normas de naturaleza

imperativa que se recogen en la Ley de **Propiedad Horizontal**, " *tanto si figuran en el **título constitutivo** como en los estatutos, entre otras consideraciones, porque siendo de esencia cual se ha indicado su imperatividad y constituyendo la excepción su carácter permisivo, en caso de suscitarse cuestión sobre dicho extremo ha de prevalecer aquél sobre éste como se ha dejado indicado en la precedentemente expuesta doctrina jurisprudencial*".

**TERCERO.-** Por lo expuesto, al haberse producido una infracción de la normativa aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso en la interpretación dada a la misma por esta Sala, el recurso se estima. De conformidad con lo establecido en el *artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, debe casarse la resolución recurrida y revocar al mismo tiempo la sentencia de primera instancia, y, en funciones de instancia por el efecto positivo de la jurisdicción, estimar la demanda. Ello por cuanto los demandados han realizado obras que afectan a elementos comunes sin haber obtenido el necesario consentimiento de la Comunidad de Propietarios. Por ello, se declara que los demandados deben retirar el cerramiento de la terraza de su vivienda, situada en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 - NUM002 y reponer dicha terraza a su estado original, anterior a la ejecución de dicha obra de cerramiento, y a ejecutar las obras necesarias para ello.

**CUARTO.-** En cuanto a las costas, procede imponer a la parte demandada las de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las costas de la apelación, puesto que debió ser estimada, ni de las de este recurso de casación, al resultar el mismo estimado, de acuerdo con lo previsto en los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

## FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

I.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ángel, don Erasmo y don Julián contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de septiembre de 2005, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda), en el rollo de apelación 208/2005.

II.- Casar y anular la misma, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos, en autos de juicio ordinario nº 655/2004, de fecha 2 de febrero de 2005, y dictar otra por la que se estima la demanda formulada por don Ángel, don Erasmo y don Julián contra don Luis Antonio y doña Milagrosa y se declara que los demandados deben retirar el cerramiento de la terraza de su vivienda, situada en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 - NUM002 de Burgos, y reponer dicha terraza a su estado original, anterior a la realización de dicha obra de cerramiento, y a ejecutar las obras necesarias para ello.

III.- Declarar como doctrina jurisprudencial que no es válido que los Estatutos de la Comunidad puedan autorizar genéricamente la realización de obras en las terrazas de los pisos destinados a vivienda que supongan la alteración de elementos comunes, sin perjuicio de que, como permite el *artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal*, tal prohibición pueda cesar por acuerdo unánime de la Junta de Propietarios.

IV.- Imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de este recurso ni de las del recurso de apelación.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias; Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.