

# Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 18 Oct. 2013, rec. 1506/2011

Diario La Ley, Nº 8206, Sección Jurisprudencia, 5 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY

El subsuelo y el vuelo de un edificio en propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario privado son elementos comunes

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma ciudad cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente la procuradora Dª Marina Quintero Sánchez, en nombre y representación de D. Rosendo y Dª. Inocencia ; siendo parte recurrida el procurador D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª. Rosaura .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** - 1.- El procurador D. Lorenzo Gómez Monteagudo en nombre y representación de D. Rosendo y Dª Inocencia , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Antonio y Dª Rosaura y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que **A) Se declare que las obras ejecutadas por los demandados don Luis Antonio y doña Rosaura en el jardín de uso privativo y en la planta sótano de su vivienda adosada sita en Albacete, CALLE000 número NUM000 , descritas en el hecho VII de la demanda, son ilícitas e ilegales por vulnerar lo dispuesto en el artículo 7.1, en relación con los artículos 12 y 17.1, todos ellos de la Ley de Propiedad Horizontal, y en los artículos 396 , 397 , 582 , 583 y 585, todos ellos del Código civil ; B) Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, así como que, a su costa, procedan a la demolición de las citadas obras ilegales y a la reposición del jardín de uso privativo y de la planta sótano de su vivienda adosada al estado originario en el que se hallaban con anterioridad a la ejecución de las referidas obras conforme a los planos adjuntos a la demanda señalados como documentos nº OCHO y NUEVE; y C) Con imposición expresa de las costas de la presente litis a los demandados.**

**2.-** El procurador D. Gerardo Gómez Ibáñez, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Rosaura , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que **desestimando la misma, se absuelva a ésta parte y se impongan a la demandante las costas del procedimiento.**

**3.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Albacete, dictó sentencia con fecha 1 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO : Que estimando en parte la demanda interpuesta por el procurador D. Lorenzo Gómez Monteagudo actuando en representación de D. Rosendo y Dª. Inocencia contra D. Luis Antonio y Dª. Rosaura a) Debo declarar como declaro que las obras ejecutadas en el año 2008 por los citados demandados en el jardín y planta sótano de la vivienda adosada de su propiedad -colindante con la de los demandantes- sita en CALLE000 nº NUM000 de Albacete son ilícitas e ilegales civilmente por vulnerar la normativa prevista en la Ley de Propiedad Horizontal y Código Civil. b) Debo condenar como condeno a los citados demandados a estar y pasar por esta declaración y, por tanto, a que procedan a la demolición de las citadas obras y a la reposición del jardín y de la planta sótano de su vivienda al estado en que se encontraban con anterioridad a la ejecución de las referidas obras. c) No se hace especial imposición de costas procesales.**

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación de D. Luis Antonio y Dª. Rosaura , la Sección 2ª de Albacete, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS: 1º.- Estimar el recurso de apelación; revocar la Sentencia apelada y, en su lugar, absolvemos a los Sres Luis Antonio - Rosaura de las pretensiones contenidas en la demanda interpuesta por los Sres Inocencia - Rosendo . 2º.- Condenamos a éstos a pagar las costas procesales causadas en primera instancia, y, respecto a las de ésta apelación, cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y comunes por mitad.**

**TERCERO.-** 1.- El procurador D. Lorenzo Gómez Monteagudo, en nombre y representación de D. Rosendo y Dª. Inocencia , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC/2000 , la Sentencia recurrida incurre en infracción por aplicación indebida del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en su redacción dada por la Ley 49/1999, de 6 de abril, y del artículo 350 del Código civil , así como infracción por inaplicación de los artículos 396 del Código civil y 8º y 12, en relación con los artículos 7º.1 y 17, todos ellos de la L.P.H ., por cuanto vulnera y contradice la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo relativas al régimen aplicable a la denominada Propiedad Horizontal Tumbada, y su diferenciación con los Complejos Inmobiliarios Privados, así como la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que los Estatutos de las Comunidades de propietarios no pueden contener pactos que sean contrarios a normas de carácter imperativo, como son las contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal. **SEGUNDO** .- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC/2000 , la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en su redacción dada por la Ley 49/1999, de 6 de abril, en relación con los artículos 3º, párrafo segundo, 5º, 7º.1 y 17 de la misma Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por cuanto vulnera y contradice la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo, relativas a que las obras de construcción de nuevas plantas y las que alteren o afecten a la estructura o fábrica del edificio o a sus elementos comunes -como son el suelo, subsuelo, vuelo o a los muros de cerramiento o contención de tierras- de la finca o edificación sujeta al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, requieren la autorización o aprobación previa de la Comunidad de Propietarios, por constituir obras de ampliación de la superficie construida de la vivienda unifamiliar que modifican el título constitutivo. **TERCERO** .- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC/2000 , la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 7º.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , en relación con los artículos 3º, párrafo segundo, 5º y 17.1 de la misma Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 , y artículo 543 del Código civil , por cuanto vulnera y contradice la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo, entre otras, relativas a que las obras que modifiquen la configuración de los elementos privativos de la vivienda jardín y planta sótano o garaje de la vivienda unifamiliar con menoscabo o alteración de la estructura general de la edificación, la configuración o estados exteriores, o perjudiquen los derechos de otro propietario constituyendo y agravando una servidumbre de vistas incontestada deben ser autorizadas por acuerdo unánime de la Comunidad de propietarios. **CUARTO** .- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC/2000 , la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 7º.1 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por cuanto vulnera y contradice la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo sobre la doctrina general del consentimiento tácito de las obras ilegales por la Comunidad de propietarios, relativa a los plazos de tiempo (años) requeridos para la existencia de un consentimiento tácito, y a la regla de que no es lo mismo el conocimiento que el consentimiento de las mismas.

2.- Por Auto de fecha 21 de febrero de 2012, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Rosaura, presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de octubre del 2013, en que tuvo lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes -ahora recurrentes- D. Rosendo y Dª Inocencia ejercitaron acción fundada en la Ley de Propiedad Horizontal contra sus vecinos en chalet colindante, D. Luis Antonio y Dª Rosaura, acción declarativa para que se declare que las obras ejecutadas por estos últimos en el jardín y planta sótano de la vivienda de su propiedad son ilegales por vulnerar dicha ley y el Código civil y acción de condena a fin de que se les condene a demoler tales obras reponiendo el jardín y el sótano a su estado originario.

Los demandados se opusieron y **la Audiencia Provincial**, Sección 2ª, de Albacete, en sentencia de 18 abril 2011, revocando la del Juzgado de 1ª Instancia que había estimado la demanda, la desestimó. En su sentencia expone, tras declarar expresamente, partiendo de la prueba practicada que: **el patio no es común sino privativo** (y no solamente "de uso" privativo): así lo indican expresa y claramente los Estatutos (art 2), acompañados con la contestación a la demanda y a los que se remiten los títulos de propiedad de sendas partes litigantes (donde consta su conocimiento por los mismos), y así se desprende también de la disposición arquitectónica de la vivienda y del lugar que ocupa el patio litigioso, donde se advierte claramente cómo éste es parte de la vivienda y no dispone del mismo (directa ni indirectamente) ningún otro vecino o miembro de la comunidad, esto es, no da provecho, utilidad o servicio a nadie más que al propietario de cada vivienda, por lo que es privado o privativo, al margen de las limitaciones dominicales que puede tener todo inmueble, incluidos los que no se integran en propiedades horizontales, derivadas de las normas urbanísticas, de seguridad, higiene o similares, o incluso comunitarias (a que se refiere el art 7 LPH), en especial, la prohibición de que pueda realizarse en el indicado patio obras que alteren la configuración exterior. **De ahí que, en contra de lo solicitado por los demandantes, los demandados puedan realizar en dicho patio las obras que consideren oportunas, salvo que afecten a la configuración exterior.**

**Y declara que no hay alteración de la configuración exterior**, que no hay alteración de la seguridad, (lo cual ni se discute) ni de los elementos comunes, ni tiene trascendencia la posible alteración de las vistas (no hay servidumbre alguna); afirma que el suelo del patio no es un elemento común.

**SEGUNDO.-** El recurso de **casación** se compone de cuatro motivos, todos los cuales giran alrededor de la consideración de que las obras que han ejecutado en el jardín de su vivienda los demandados han afectado a elementos comunes, y sin autorización de la Comunidad de propietarios y debe ordenarse su demolición, reponiendo el jardín y la planta sótano al estado originario. Obras ejecutadas en el jardín y subsuelo de su vivienda, ampliación que ha modificado la fábrica del edificio al derribar el muro de cerramiento o contención de tierras del garaje, modificando asimismo su estado exterior y elevar el vuelo del jardín en un metro y diez centímetros.

La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso ha estimado que todas las obras se han ejecutado sobre elementos privativos y no precisan la autorización de la Comunidad. Todos los motivos del recurso, como se ha dicho, giran sobre esta cuestión, se ha mantenido que son elementos comunes, es decir, en esencia, que el subsuelo y el vuelo no son privativos, sino elementos comunes.

El recurso, en todos sus motivos, debe ser aceptado por la razón básica de que, **en todo caso, el subsuelo y el vuelo de un edificio o unos edificios en propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario privado** ( artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal ) **es elemento común**; está fuera de la propiedad privativa de cada copropietario, está fuera del edificio, tal como recoge el artículo 396 el Código civil y está sometido al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal . **El propietario adquiere lo que se halla en su título de adquisición -escritura pública- que comprende la vivienda y el jardín, no el subsuelo y el vuelo.**

El texto del artículo 2 de los Estatutos de la urbanización dice:

**Artículo 2º.- Son elementos privativos las viviendas tipo unifamiliar con inclusión de su jardín expresado en la descripción de cada una.**

Lo cual es correcto en cuanto al suelo es el piso o terreno en el que se asienta la casa o el jardín, pero no dice que también lo sea el subsuelo y el vuelo.

Así, el excavar en el jardín o elevar un muro, como elemento común que es modificado -subsuelo y vuelo- precisa de la autorización de la Junta de propietarios de la Comunidad, en aplicación del artículo 17, norma 1ª, por remisión del artículo 12 y a sensu contrario, del artículo 7.1, todos de la Ley de Propiedad Horizontal . Lo cual ha sido expuesto en este mismo sentido por la sentencia de 5 julio 2010 que plantea el caso de una acción declarativa de propiedad interpuesta en demanda reconvenional en que se pretendía la declaración de que el suelo, el subsuelo y el vuelo eran propiedad del demandante reconvenional (no se interesaba en estos términos, sino con referencia a una construcción un tanto arbitraria) y se desestimó en ambas instancias y por dicha sentencia. Esta se refiere, en primer lugar a lo que adquirió en su día, por escritura pública y dice:

«Lo que adquiere que no es más que un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente a cada propietario»

Y más adelante, añade, refiriéndose al suelo y al vuelo:

«La construcción de nuevas plantas y cualquier modificación en la fábrica o estructura de los bloques o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo».

Por infracción de tales artículos, se estima el recurso de casación, esencialmente el motivo primero, sin que sea de interés entrar en los demás (que giran sobre el mismo tema), se casa la sentencia de la Audiencia Provincial y se confirma la del Juzgado de 1ª Instancia que había estimado la demanda.

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

#### FALLAMOS

**1.-** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION formulado por la representación procesal de D. Rosendo y Dª Inocencia, contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de Albacete, en fecha 18 de abril de 2011, que SE CASA y ANULA.

**2.-** En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Albacete en juicio ordinario 180/2009 de fecha 1 de julio de 2010, que estima esencialmente la demanda formulada por dichos recurrentes.

**3.-** No se hace imposición en las costas causadas en este recurso de casación.

**4.-** Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

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