

Roj: STS 1671/2011
Id Cendoj: 28079110012011100159
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2090/2006
Nº de Resolución: 174/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROPIEDAD HORIZONTAL x
- x ELEMENTOS COMUNES x
- x ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD x
- x DERECHOS DEL PROPIETARIO (PROPIEDAD HORIZONTAL) x
- x ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA x
- x ELEMENTOS ESTRUCTURALES x
- x JUNTA DE PROPIETARIOS x
- x ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS x
- x UNANIMIDAD (JUNTA DE PROPIETARIOS) x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x INTERÉS CASACIONAL x

Resumen:

Propiedad horizontal: obras incontestadas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 2090/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Ziman Clima, SL. aquí representada por el procurador D. Ignacio Argós Linares contra la sentencia de 12 de noviembre de 2004, dictada en grado de apelación, rollo n.º 330/03, por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 748/2002, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Santander .

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Lucila Torres Ríos en nombre y representación la comunidad de propietarios de la CALLE000 n.º. NUM000 y la comunidad de propietarios de la PLAZA000 n.º. NUM001 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Santander dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2003 en el juicio ordinario n.º 748/2002 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»En la demanda interpuesta por las comunidades de propietarios C/ CALLE000 , NUM000 y PLAZA000 , NUM001 , contra Ziman Clima S.L, Don Eulalio y D. Pedro :

»1.- Desestimar todas las acciones ejercitadas por la Comunidad PLAZA000 , NUM001 , y, en consecuencia, absolver a los tres demandados de las pretensiones contra ellos dirigidas en relación con los elementos comunes de dicha comunidad.

»2.- Estimar parcialmente las pretensiones esgrimidas por la Comunidad de Propietarios CALLE000 , NUM000 , y en consecuencia: condenar a Ziman Clima S.L. a cerrar la puerta abierta en la planta NUM002 del edificio de dicha comunidad, absolviéndola del resto de las pretensiones contra ellas dirigidas, absolviendo asimismo a los otros dos codemandados.

»3.- Imponer a las actoras, solidariamente, las costas del procedimiento, a excepción de las causadas por la intervención de Ziman Clima en cuanto a las acciones contra él ejercitadas por la comunidad de CALLE000 , NUM000 respecto de las cuales cada una de estas partes abonará las causadas a su instancia y la mitad de las comunes.»

SEGUNDO. - En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«Primero.- Ejercitan las dos comunidades de propietarios actoras, al amparo de los artcs 7.1 y 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, acción dirigida a obtener la declaración de ilegalidad de las obras realizadas por cada uno de ellos en diversos elementos que califican de comunes; igualmente, se pretende que por la demandada ZIMAN CLIMA S.L. se proceda a indemnizar los daños supuestamente causados a la barandilla de la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada como consecuencia de la caída de una velux.

Concretamente, las obras que se relacionan como efectuadas son las que siguen: 1.- Colocación por parte de Ziman Clima S.L. y D. Eulalio de ventanas velux en la cubierta de los edificios de las comunidades; 2. Colocación por parte de los tres demandados de un tabique y puerta con llave en la escalera de servicio; 3.- Retirada por parte de Ziman Clima S.L. y D. Eulalio de parte del tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 ; 4.- Instalación por parte de Ziman Clima S.L. de una puerta en la mano izquierda del NUM002 piso de la C/ CALLE000 , NUM000 , puerta que le sirve de acceso a su propiedad por dicha escalera principal y 5.- Demolición del muro medianero que separaba las dos viviendas que adquirió, Ziman Clima para convertirlas en un sólo piso.

»Segundo.- Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto conviene zanjar la cuestión planteada por la demandada Ziman Clima, respecto de la acumulación, al resto de las ejercitadas, de la acción esgrimida por la Comunidad de Plaza de las PLAZA000 nº NUM001 , respecto al tuvo de aireación del ascensor de la escalera principal de dicha comunidad, sin que exista nexo por razón de la causa de pedir con el resto de las comunidades; lo mismo aduce en relación con la acción ejercitada por la Comunidad de CALLE000 NUM000 , respecto a la apertura de una puerta de acceso a la escalera principal de dicha comunidad por parte de, Ziman Clima cuestión que no afecta a la otra comunidad demandante.

Es indiscutible que dos son los demandantes en este procedimiento, dos comunidades de propietarios -distintas por cuanto se corresponden con dos fincas registrales diferentes, constituidas en régimen de propiedad horizontal en dos escrituras independientes, tal y como se acredita documentalmente por las propias actoras, y con órganos independientes- que dirigen sus acciones contra algunos de los copropietarios de las mismas con motivo de la vulneración por éstos de la obligación legal de respetar el estado de los elementos comunes, y de contar con la autorización de las respectivas juntas de propietarios para la realización de cualquier obra que afecte a los mismos. Es cierto que pueden no verse afectadas por las mismas obras, si bien ello no implica que no quepa la acumulación de las distintas acciones en aplicación del *art. 72 LEC* , ello porque, en todo caso, la causa de pedir, para comunidad es la vulneración de las mencionadas obligaciones legales, circunstancia ésta que, a nuestro entender, faculta a las actoras para acumular sus pretensiones, ello independientemente de que dicha acumulación pueda tener su reflejo, en su caso en materia de costas.

Tercero.- Entrando en el fondo del asunto, a la vista de que las diversas obras que se relacionan en la demanda afectan a distintos elementos comunes, la metodología a seguir para dar solución a la cuestión planteada será la del estudio separado de cada una de las modificaciones o alteraciones efectuadas por los propietarios a la luz de la normativa reguladora de los inmuebles constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Como *punto de partida el art. 7.1 LPH* permite al propietario de cada piso o local modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de éste cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario; fuera de los elementos de su piso o local el *art. 7.2* prohíbe a los propietarios la realización de alteración alguna en el resto del inmueble, prohibición que recoge asimismo el *art. 397 CC* , que, además recoge la obligación de cualquier propietario que se proponga modificar alguno de los elementos comunes de recabar el consentimiento de los demás copropietarios.

Con este *precepto legal como referencia*, y comenzando con la colocación de tres ventanas velux -en sustitución de cuatro tragaluces preexistentes- por parte de ZIMAN CLIMA en la cubierta del edificio nº NUM001 de la PLAZA000 , y de dos ventanas velux en sustitución de dos tragaluces- por parte de D. Eulalio en la cubierta del inmueble de CALLE000 NUM000 , es indudable que la cubierta de los edificios ha de ser calificada de elemento común, pues tal carácter le otorga el *art. 396 CC* , de modo que los propietarios que se propusiesen efectuar cualquier modificación de las mismas habrían de solicitar el consentimiento de la comunidad.

En el supuesto que nos ocupa, aun probado que ambos demandados prescindieron del consentimiento previo de sus respectivas comunidades, lo cierto es que, a la vista de la documentación aportada en autos, huelga entrar en el análisis de la trascendencia de tal falta de consentimiento, puesto que según se recoge en el acta de Junta de Propietarios celebrada el día 26 de febrero de 2001 -aportada tanto con el escrito de demanda, como folio 42 del libro de actas, como con el escrito de contestación de Ziman Clima, S.L como doc. Nº 15- se recoge que a la vista de un informe emitido, por encargo de las comunidades por el arquitecto D. Juan , que consideró la obra de colocación de las velux correcta y más perjudicial volver las cosas a su estado anterior, la comunidad PLAZA000 , NUM001 aceptaba las obras -las palabras textuales fueron "La comunidad PLAZA000 NUM001 en la junta que acaba de celebrar ha decidido aceptar la instalación de las velux a la vista del informe del Sr. Juan " -, y la comunidad CALLE000 NUM000 , también su intención de no ejercitar acción alguna frente a la instalación de las ventanas - textualmente en el acta "De acuerdo con el informe leído, esta comunidad (debe entenderse que la de CALLE000 puesto que antes se había referido a la de PLAZA000), no ejercerá ninguna acción contra la instalación de las velux citadas"- . Es decir, a pesar de faltar el consentimiento previo ambas comunidades decidieron, por unanimidad aceptar las obras, aceptación que impide que la acción que ahora ejercitan pueda prosperar habida cuenta que no están haciendo otra cosa que ir contra sus propios actos, sin que pueda amparar esta actuación en el hecho de existir otro acuerdo posterior, concretamente de 29 de mayo de 2002, que autorice a accionar contra los demandados, pues no cabe admitir que ejerciten acciones contra actuaciones que en su momento consintieron.

»Cuarto.- Como segundo grupo de obras inconsentidas presentan las comunidades actoras la colocación, por parte de los tres demandados de un tabique y puerta con llave en la escalera de servicio.

Los tres demandados reconocen la colocación de dichas puertas - cuya existencia, por otra parte, pudo ser apreciada por quien resuelve en las plantas NUM003 .ª y NUM002 .ª, justificando su existencia el Sr. Eulalio en un acuerdo previo de la comunidad de CALLE000 , NUM000 a la cual pertenece la parte del descansillo de la escalera de servicio en que se ha colocado; la misma autorización esgrimen el Sr. Pedro y Ziman Clima.

En primer término, se introduce por el Sr. Eulalio la cuestión de que los tabiques y puertas en cuestión están colocados en una parte del descansillo que es elemento común, exclusivamente, de la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 , elemento que constituye una terraza que pertenece sólo a esta comunidad al igual que el patio, de modo que la concesión de autorización para la instalación de las puertas mencionadas incumbe exclusivamente a la mencionada comunidad. Como hemos dicho más arriba, a pesar de que comparten elementos comunes -la escalera de servicio- así como algunos gastos, nos encontramos ante dos inmuebles distintos que constituyen dos fincas registrales distintas; es por eso que existen dos escrituras de sometimiento al régimen de propiedad horizontal, y dos comunidades diferentes con órganos independientes. Y examinadas dichas escrituras de sometimiento de ambas al régimen de Propiedad Horizontal -docs 18 y 19 de la demanda - puede comprobarse que en la descripción de la finca correspondiente a la comunidad de CALLE000 se menciona una zona de terraza -punto I de las manifestaciones de la Equitativa, antigua propietaria-, zona que no aparece en la descripción de la comunidad PLAZA000 , NUM001 , la descripción nos lleva a concluir, efectivamente, la parte que bordea el hueco de la escalera de servicio común a ambas comunidades, pertenece a la comunidad de CALLE000 , NUM000 de forma que ha de servir a los vecinos de dicha comunidad, no así a los de Atarazanas, que tampoco lo necesitan pues, existiendo en cada planta tan sólo una puerta de servicio, ésta tiene acceso directo a la escalera, sin que le sea preciso el uso de la zona de terraza que da al patio.

Sentado lo anterior, ha de concederse razón a los demandados en su argumento de que, en todo caso, la autorización para instalar un tabique y una puerta, había de ser concedida por la comunidad de propietarios de CALLE000 , NUM000 . Los demandados sostienen que la misma le fue concedida en la junta de propietarios de fecha 3 de abril de 2000. De la lectura del acta de dicha junta -aportada como doc. 14 de la contestación de D. Eulalio - deriva que, efectivamente, en la misma -que se celebró en segunda convocatoria- se sometió a votación la cuestión de la colocación de las puertas, votando a favor la mayoría de los propietarios asistentes que representaba el 45% de las cuotas presentes, y en contra un número de

propietarios que representaban el 24,774% de las cuotas presentes. Es decir, no se aprobó la colocación de las puertas por mayorías. Tratándose de una cuestión que afectaba a un elemento común de la entidad del descansillo de la escalera de servicio, entendemos que hubiera sido necesaria la unanimidad para la realización de la obra; ahora bien, adoptado por mayoría entendemos que la ineficacia del acuerdo hubiese requerido la impugnación del mismo por parte de alguno de los copropietarios disidentes o no conformes con el mismo. Puesto que no ha sido impugnado, no puede la propia comunidad que lo consideró aprobado, tal y como se desprende del acta, atacarlo en este momento.

En consecuencia, no impugnado el acuerdo mencionado, ha de entenderse que se autorizó a los demandados a la colocación de las puertas cuya retirada se pretende por la comunidad y en virtud del cual otros copropietarios - el Colegio de Abogados en el piso 1º - han instalado igualmente una puerta, siendo extraño que comunidad no dirija su acción contra ellos.

»Quinto.- Respecto de la retirada por parte de ZIMAN CLIMA y D. Eulalio de parte del tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 , por el Sr. Eulalio se sostiene que la retirada del tubo- que pertenece tan sólo a la comunidad PLAZA000 , NUM001 , y que fue instalado arbitrariamente por ésta, se produjo como consecuencia de una de una proposición efectuada por él mismo, como más beneficiosa para la comunidad y que fue aceptada en la Junta General celebrada por ésta el día 21 de febrero de 2001.

Se aporta por la actora, incorporada al libro de actas de la comunidad PLAZA000 nº NUM001 , el acta de la Junta celebrada en fecha de 26 de febrero de 2001, en la cual se lee textualmente "En otro orden de cosas... se informa que el tubo de ventilación del ascensor se puede instalar de forma más directa hacia la cubierta del edificio a través de la escalera de salida a la misma, aceptándose que así se haga". Quiere ello decir que, aun siendo cierto que el tubo de ventilación, instalado anteriormente con salida por la zona de terraza correspondiente a la comunidad de CALLE000 , NUM000 , fue retirado de su antiguo emplazamiento, si bien tal modificación se produjo con el consentimiento de la comunicada afectada, PLAZA000 , NUM001 , sin que nada tenga que decir al respecto la comunidad codemandada, que ninguna relación tiene con el tubo.

Existiendo acuerdo aprobando dicha obra, es evidente que la misma no puede ser calificada de incontestada, y nada puede hacer la propia comunidad que la consintió -que no hace sino ir contra sus propios actos- para que las cosas vuelvan a su estado.

»Sexto.- La instalación, por parte de Ziman Clima S.L de una puerta en la mano NUM004 del NUM002 piso de la C/ CALLE000 , NUM000 , puerta que le sirve de acceso a su propiedad por dicha escalera principal, constituye otra de las cuestiones discutidas en el procedimiento.

De entrada, ha de decirse que esta acción tan sólo puede ser ejercitada por la Comunidad de Propietarios de la c/ CALLE000 NUM000 , habida cuenta de que el elemento común afectado a ella pertenece en exclusiva.

No cabe duda que la apertura de un nuevo acceso a uno de los pisos, desde zona común -cual es el descansillo de una escalera-, por lugar en que no existía hueco alguno, ha de ser calificada de alteración de elemento común, y, en cuanto supone la afectación del título constitutivo, necesita, el consentimiento de la comunidad -art. LPH, que prohíbe cualquier obra en elemento común, se afecte o no a la seguridad del edificio y aunque no sean perjudiciales-, consentimiento que ha de ser otorgado mediante acuerdo unánime -art. 17.1 -.

La demandada reconoce no haber solicitado autorización alguna de la comunidad y ampara tal actitud en que los estatutos lo permiten, así como en que el piso NUM002 NUM004 . es una vivienda más del inmueble CALLE000 , NUM000 , debiendo gozar de los mismos derechos y facultades que el resto de los propietarios.

Cierto que los estatutos de la Comunidad -así lo reconoce la actora en el Hecho Decimotercero de la demanda- permiten a los propietarios abrir y cerrar huecos ya existentes con el fin de dar a su propiedad salida distinta a la que actualmente tienen, afectando a muros de carga. Ahora bien, hacemos nuestra la doctrina jurisprudencial que considera que las normas recogidas en los *artículos 7 y 17 de la LPH* son de "ius cogens" de modo que prevalecen sobre cualquier cláusula estatutaria que permita la alteración de elementos comunes sin consentimiento de la comunidad - SSTS de 8 de octubre de 1993 y 7 de julio de 1997 -; no se puede privar estatutariamente a la Junta de la decisión sobre los elementos comunes. Así ha de declararse ilícita la apertura de una de acceso - así lo hicieron las SSTS de 6 de marzo de 1980 y 2 de junio de 1980 -.

No es posible pues que el Ziman Clima se apoye en el contenido estatutario para proceder, sin la pertinente autorización de la comunidad, a la ejecución de unas obras que necesita el consentimiento unánime de la comunidad; y no recabado dicho consentimiento, es evidente que ha de proceder al cerramiento de la puerta abierta, para volver al elemento común alterado al estado en que ese encontraba antes de la obra. Ello independientemente de los derechos que se crea dicha copropietaria en el seno de la comunidad, y en comparación de tales propietarios, pues tales derechos sólo podrá hacerlos valer a través de los cauces legalmente previstos.

»Séptimo.- Constituye la siguiente cuestión a tratar demolición del muro medianero que separaba las dos viviendas que adquirió Ziman Clima, para convertirlas en un sólo piso.

Por el demandado se niega que, si bien se ha procedido a la demolición de tabiques, lo cierto es que no se derribó ningún muro medianero puesto que éste no existía.

Ha quedado acreditado que por, Ziman Clima en el interior de los pisos adquiridos -hoy sólo uno- se han efectuado obras. Ahora bien, puesto que la obra ha sido efectuada, en el reconocimiento judicial no pudo apreciarse el piso que ocupa Ziman Clima es fruto de la agrupación reciente de dos viviendas. Por los testigos representante legal de Iberbarter, el conserje D. Bartolomé y el representante legal de Winterthur, aseguran que existían dos viviendas separadas por un muro. Sin embargo, el representante legal de Winterthur dice no haber visto físicamente el muro de separación y por el Presidente de la Comunidad de Propietarios de CALLE000 , NUM000 , se manifiesta que no sabe si las viviendas seguían separadas en los años 80. De otro lado, el propio perito de parte no afirma de modo tajante que se haya demolido el muro de separación de las dos viviendas, limitándose a emplear un sentido condicional acerca de la realización de tal obra pues dice textualmente "se ha visto afectado el muro de separación...", limitándose a efectuar la valoración económica para el caso de que así hubiera sido. Por último, en el documento 39 de la demanda, que recoge el informe girado por el Servicio de Arquitectura-Control de Obras del Ayuntamiento, en mayo de 2002, se menciona que se ha procedido a la demolición de tabiquería, pero no menciona que se eliminase el muro medianero entre lo que fueron en su día dos viviendas.

En definitiva, si bien ha de considerarse probado que por s Ziman Clima e adquirieron dos viviendas que hoy constituyen una sola, de las pruebas practicadas en las actuaciones no puede deducirse que la agrupación de los dos pisos se haya llevado a cabo por Ziman Clima S.L. o, si por el contrario, tal modificación se llevó a cabo mucho antes, incluso antes de procederse a la constitución de las comunidades en régimen de propiedad horizontal o manifiesta que no puede deducirse que la obra, y el hecho de que existe un sólo piso ha podido ser observado tanto por ambos peritos intervinientes, como por quien resuelve a través de la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial.

»Octavo.- Y, por último ha de acometerse el estudio de la pretensión de que por la demandada Ziman Clima se proceda al abono de la suma a que asciende el coste total de la barandilla, supuestamente dañada como consecuencia de la caída de una de las velux que pretendía colocar.

Y dicha pretensión ha de ser rechazada desde el momento en que la actora no ha probado en absoluto que el mal estado de la barandilla se deba al impacto de una velux. Por cuanto a la conclusión recogida en su informe por el perito de la actora Sr. Justo , la misma se limita a expresar aquello que testigos le comentaron, y en el acto del juicio a manifestar que los desperfectos "pudieron, ser causados por la caída de la velux; como vemos no afirma de modo tajante que los daños fuesen realmente causados por la velux. El perito judicial informa que el mal estado de la barandilla -que muestran también el resto de los elementos que conforman el hueco de la escalera- se debe al paso del tiempo y a la falta de cuidado por parte de los propietarios.

En consecuencia, no resultando probado que el deterioro que presenta el pasamanos de la escalera venga determinado por la caída de una de las ventanas velux que pretendió instalar Ziman Clima, no puede pretender la actora que la sustitución de dicho elemento común de la escalera de servicio deba ser de cargo de dicha demandada.

»Noveno.- Por cuanto antecede, procede la estimación parcial de las acciones esgrimidas por la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 NUM000 , debiendo acogerse tan sólo la pretensión de que por Ziman Clima se proceda a cerrar la puerta abierta al descansillo de la planta sexta de dicha comunidad a efectos de dar a su propiedad una acceso por la misma hasta ahora inexistente, sin haber contando para ello con la preceptiva autorización, volviendo la situación de dicho descansillo a la situación anterior a la obra; en relación con las acciones ejercitadas por la Comunidad de Propietarios de la Plaza PLAZA000 NUM001 , han de ser rechazadas por completo.

»Décimo.- En relación con las costas, en aplicación de las reglas contenidas en el *art. 394 LEC* habrán de ser impuestas a las actoras que se harán cargo, de manera solidaria de las mismas, en cuanto han decidido la acumulación de cuantas acciones pretendían tener contra los demandados, a excepción de las devengadas por las acciones dirigidas contra, Ziman Clima en cuyo caso, y en relación con las que pudieron ser ejercitadas contra él por la Comunidad de CALLE000 , NUM000 -es decir, las relativas a la apertura de una puerta, colocación de tres ventanas velux, desperfectos en el pasamanos de la escalera de servicio, presunto derribo de muro medianero y colocación de una puerta y tabique en la zona destinada a terraza-, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de la comunes.»

TERCERO. - La Audiencia Provincial de Cantabria Sección 2.^a, dictó sentencia de 12 de noviembre de 2004 en el rollo de apelación número 330/03 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

» Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de las Comunidades de Propietarios de Santander: CALLE000 nº NUM000 y PLAZA000 nº NUM001 , y desestimando el formulado por Ziman Clima, S.L. contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Santander , debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que debemos condenar y condenamos:

»A D. Eulalio a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

»A Ziman Clima S.L. a reponer a su estado original, la escalera de servicio piso NUM002 y el corredor o galería, debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta instalada así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejar la escalera y el corredor libre y expedito.

»A D. Pedro a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM003 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta con llave allí instalada y reponer la barandilla, así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

»A D. Eulalio y/o Ziman Clima S.L. a la reposición de la cubierta y tejado a su estado original, el faldón del PLAZA000 NUM001 , debiendo demoler las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos de cubierta a su situación anterior, de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

»A Ziman Clima S.L. a reponer el muro medianero de las viviendas del piso NUM002 a su primitivo estado, constituyendo dos viviendas diferenciadas, igual que antes de la obra realizada.

»A reponer a su estado original la escalera principal de CALLE000 NUM000 , debiendo demoler y retirar la puerta instalada en el NUM002 piso, mano NUM004 así como restituir el muro de carga del edificio, con las debidas medidas de seguridad, lucir y dejar hueco para extintor de incendios, igual que antes de la obra realizada, debiéndose efectuar la misma de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

»A pagar la cantidad de ciento ochenta y cinco euros (185 #) a que asciende el coste de restitución de la barandilla en la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada a consecuencia de la caída de la velux. No se hace declaración expresa de condena en las costas devengadas en la primera ni en la apelación a instancia de las Comunidades de Propietarios apelantes, imponiendo a Ziman Clima S.L. las causadas en la apelación a su instancia.»

CUARTO. - En los fundamentos de Derecho de la sentencia, se declara:

«Se comparten las consideraciones jurídicas de la sentencia impugnada en cuanto no se opongan o contradigan las que a continuación se establecen, y

»Primero: Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda, se alza por la representación de las actoras Comunidades de Propietarios CALLE000 , NUM000 y PLAZA000 , NUM001 y por la entidad demandada Ziman Clima S.L. los recursos interpuestos, que atacan lo resuelto con el alcance que luego se dirá.

Las Comunidades actoras, en su demanda dirigida contra Ziman Clima S.L. D. Pedro y D. Eulalio , pedían en el suplico que: se declare la ilicitud de las obras descrita en el cuerpo de la demanda y realizadas

por los demandados en elementos comunes del edificio, esto es, por parte de D. Pedro : armar tabique de suelo a techo, colocación de puerta, eliminación de barandilla en el descansillo o suelo de la escalera de servicio NUM003 piso y apropiación de 6 metros; D. Eulalio : apertura de tres huecos en cubierta y tejado del edificio, armar tabique y colocación de puerta en el descansillo o suelo de la escalera del servicio del piso NUM002 con apropiación de 12 metros y la eliminación del tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 , NUM001 ; Ziman Clima, S.L.: la apertura de tres nuevos huecos tanto en el faldón de CALLE000 , NUM000 como en el faldón de PLAZA000 NUM001 , rotura del muro de carga de la escalera principal, apertura de hueco desde el suelo para colocar puerta de entrada por escalera principal, armar tabique y colocación de puerta blindada en el descansillo de la escalera de servicio del piso NUM002 , con apropiación del corredor de 18 metros, eliminación del muro de separación de comunidades, desperfectos generalizados en la barandilla o pasamanos en la escalera de servicio y la eliminación del tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 , NUM001 .

Y se condene a:

D. Eulalio a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

Ziman Clima S.L. a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 y el corredor o galería, debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta instalada así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejar la escalera y el corredor libre y expedito.

D. Pedro a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM003 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta con llave allí instalada y reponer la barandilla, así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

D. Eulalio y la empresa Ziman Clima S.L. a reponer a su primitivo estado y situación, el tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 , NUM001 con salida directa al patio.

D. Eulalio a la reposición de la cubierta y tejado a su estado original, debiendo demoler las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos de cubierta a su situación anterior.

A Ziman Clima S.L.:

A la reposición de la cubierta y tejado a su estado original, tanto el faldón del PLAZA000 NUM001 como el faldón de CALLE000 NUM000 , debiendo demoler las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos de cubierta a su situación anterior.

A reponer el muro medianero de las viviendas del piso NUM002 a su primitivo estado, constituyendo dos viviendas diferenciadas, igual que antes de la obra realizada.

A reponer a su estado original la escalera principal de CALLE000 NUM000 , debiendo demoler y retirar la puerta instalada en el sexto piso, mano izquierda así como restituir el muro de carga del edificio, con las debidas medidas de seguridad, lucir y dejar hueco para extintor de incendios, igual que antes de la obra realizada, debiéndose efectuar la misma de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

A pagar la cantidad de tres mil quinientos ocho euros con seis céntimos de euro (3.508,06 #), a que asciende el coste de restitución de la barandilla en la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada a consecuencia de la caída de la velux.

La sentencia de instancia acuerda: "1º. Desestimar todas las acciones ejercitadas por la PLAZA000 , NUM001 y, en consecuencia, absolver a los tres demandados de las pretensiones contra ellos dirigidas en relación con los elementos comunes de dicha comunidad.- 2º. Estimar parcialmente las pretensiones esgrimidas por la Comunidades de Propietarios CALLE000 , NUM000 , y en consecuencia: condenar a Ziman Clima S.L. a cerrar la puerta en la planta NUM002 del edificio de dicha comunidad, absolviéndola del resto de las pretensiones contra ellas dirigidas, absolviendo asimismo a los otros dos codemandados".

»Segundo: Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso por Ziman Clima S.L. arguyendo que la apertura de la puerta en la mano izquierda del NUM002 piso, de su propiedad no hacía otra cosa que adaptar la realidad física del inmueble a lo dispuesto en el título constitutivo.

Partiendo del hecho admitido por la recurrente de no haber solicitado autorización alguna de la propiedad para la realización de tal obra, la Sala comparte la valoración que se efectúa por la juzgadora de instancia. En efecto, con acierto a juicio de la Sala, se contiene en la resolución recurrida, que "no cabe duda que la apertura de un nuevo acceso a uno de los pisos, desde zona común -cual es el descansillo de una escalera- por lugar en que no existía hueco alguno, ha de ser calificada de alteración de elemento común, y, en cuanto supone la afectación del título constitutivo, necesita, el consentimiento de la comunidad -*art. 7 de la LPH*, que prohíbe cualquier obra en elemento común, se afecte o no a la seguridad del edificio y aunque no sean perjudiciales-, consentimiento que ha de ser otorgado mediante acuerdo unánime -*art. 17.1*. Ciertamente que los estatutos de la Comunidad -así lo reconoce la actora en el hecho decimotercero de la demanda- permiten a los propietarios abrir y cerrar huecos ya existentes con el fin de dar a su propiedad salida distinta a la que actualmente tienen, afectando a muros de carga. Ahora bien, hacemos nuestra la doctrina jurisprudencial que considera que las normas recogidas en los *artículos 7 y 17 de la LPH* son de "ius cogens" de modo que prevalecen sobre cualquier cláusula estatutaria que permita la alteración de elementos comunes sin consentimiento de la comunidad - SSTS de 8 de octubre de 1993 y 7 de julio de 1997 -; no se puede privar estatutariamente a la Junta de la decisión sobre los elementos comunes. Así ha de declararse ilícita la apertura de una de acceso-así lo hicieron las SSTS de 6 de marzo de 1980 y 2 de junio de 1980 -.

No es posible pues que Ziman Clima S.L. se apoye en el contenido estatutario para proceder, sin la pertinente autorización de la comunidad, a la ejecución de unas obras que necesita el consentimiento unánime de la comunidad; y no recabado dicho consentimiento, es evidente que ha de proceder al cerramiento de la puerta abierta, para volver el elemento común alterado al estado en que ese encontraba antes de la obra. Ello independientemente de los derechos que se crea dicha copropietaria en el seno de la comunidad, y que sólo podrá hacerlos valer a través de los cauces legalmente previstos.

Aun reconociendo que la salida del piso del NUM002 NUM004 a través de la escalera a PLAZA000 nº NUM001, resulta obsoleta, tal carácter no autoriza al propietario para variar, sin ajustarse estrictamente a la ley, una situación que, en cuanto a las limitaciones era consciente en el momento de su adquisición con fecha 10-12-97 (documento 34).

»Tercero: El resto de los pedimentos, en cuanto han sido desestimados son objeto de impugnación por las Comunidades de Propietarios actoras. En un orden lógico, y en cuanto al pedimento de reponer el muro medianero de las viviendas del piso NUM002 a su primitivo estado, constituyendo dos viviendas diferenciadas, igual que antes de la obra realizada, se ha de partir que la realidad actual, es la existencia de un solo piso, de las dos viviendas adquiridas por Ziman Clima S.L. en 10-12-97. La Juzgadora a quo desestimó la demanda al considerar como no probado que la agrupación de los dos pisos se haya llevado a cabo por Ziman Clima S.L. o, si por el contrario, tal modificación se llevó a cabo mucho antes, incluso antes de procederse a la constitución de las comunidades en régimen de propiedad horizontal.

Si partimos de las escrituras de constitución de régimen de Propiedad Horizontal, de fecha 7-4-93, tanto para la Comunidad de CALLE000 NUM000 (folio 71) como para la Comunidad PLAZA000 NUM001 (folio 84), se describe aludiendo a una vivienda, hoy NUM001, una ocupada por el portero y su almacén.

Se ha de concluir, en una interpretación lógica que una de las viviendas del portero pertenece a la Comunidad de CALLE000 NUM000 y otra a PLAZA000 NUM001, por lo que el muro que ha de separar ambas viviendas, se ha de considerar muro medianero entre dos comunidades distintas, y no otra consideración ha de derivarse de la descripción registral de tales viviendas (folios 278 y 280).

Y habiéndose, por consiguiente derribado dicho muro, sin el consentimiento de la Comunidad o Comunidades afectadas, ha de proceder a su reposición.

»Cuarto: En cuanto a la colocación de tres ventanas velux -en sustitución de cuatro tragaluces preexistentes- por parte de Ziman Clima S.L. en la cubierta del edificio nº NUM001 de la PLAZA000, y de dos ventanas velux -en sustitución de dos tragaluces- por parte de D. Eulalio en la cubierta del inmueble de CALLE000 NUM000, se desestimó el pedimento en la instancia porque a pesar de faltar el consentimiento previo, ambas comunidades decidieron, por unanimidad aceptar las obras, aceptación que impide que la acción que ahora ejercitan pueda prosperar habida cuenta que no están haciendo otra cosa que ir contra sus propios actos, sin que pueda amparar esta actuación en el hecho de existir otro acuerdo posterior -concretamente de 29 de mayo de 2002, que autorice a accionar contra los demandados, pues no cabe admitir que ejerciten acciones contra actuaciones que en su momento consintieron. No comparte la Sala tal valoración. En efecto en el acta de la Comunidades de Propietarios CALLE000 NUM000, consta (folio 435) que de acuerdo con el informe leído, esta Comunidad no ejercerá ninguna acción contra la instalación de las

velux citadas. Se alude en dicha Junta a que la Comunidad PLAZA000 en la Junta que acaba de celebrar, ha decidido aceptar la instalación de las velux, a la vista del informe del Sr. Juan , dejando constancia de su malestar por la forma en la que se instalaron y pidiendo que, en lo sucesivo, se cuente con la Comunidad siempre que se pretendan obras que afecten a elementos comunes, pero dicho acuerdo de la Comunidad PLAZA000 , no ha quedado acreditado (folios 247 a 250), y tampoco quedó probado y de alguna forma ratificado, en la Junta Extraordinaria de las dos Comunidades de fecha 29-5-2002 antes referida.

Se ha de entender por consiguiente que el acuerdo y consentimiento, lo fue por la Comunidades de Propietarios de CALLE000 nº NUM000 , para la colocación de ventanas velux en sustitución de los tragaluces existentes ubicados en la cubierta del inmueble de CALLE000 , debiendo, por consiguiente demolerse las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos a su estado anterior, ubicados en la cubierta del mueble PLAZA000 , NUM001 .

»Quinto: Se interesaba en la demanda se condene a:

D. Eulalio a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

Ziman Clima S.L. a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 y el corredor o galería, debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta instalada así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejar la escalera y el corredor libre y expedito.

Pedro a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM003 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta con llave allí instalada y reponer la barandilla, así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

La sentencia desestima tal pedimento argumentando que la parte que bordea el hueco de la escalera de servicio común a ambas comunidades, pertenece a la Comunidad de CALLE000 , NUM000 y que la misma consintió por mayoría efectuar tales obras.

No comparte la Sala tal valoración. En cuanto a la galería existente en la planta sexta que conecta con las viviendas de Ziman Clima S.L., la sentencia parte de una descripción equivocada señalando que la escritura de Propiedad Horizontal adjudica a la Comunidad CALLE000 una zona que describe como terraza. Sin embargo en el punto I de las manifestaciones ("dice") efectuadas por la Equitativa, antigua propietaria del edificio, en la escritura de sometimiento al régimen de propiedad horizontal de CALLE000 NUM000 , documento nº 18 de la demanda, no aparece la terraza -folio 1D5512106-. En cambio sí aparece la citada mención a la terraza en el punto I de las manifestaciones ("dice") efectuadas por la Equitativa, antigua propietaria del edificio, en la escritura de sometimiento al régimen de propiedad horizontal de PLAZA000 nº NUM001 , (documento nº 19 acompañado con la demanda folio 1D5512159 vuelto), donde textualmente dice "y la planta de cubierta tiene una zona de terraza en la que se encuentra la vivienda antes del portero, hoy dos viviendas y un almacén".

En todo caso la colocación de tabique y puerta tanto por Ziman Clima S.L. como el Sr. Cortiguera ha de entenderse efectuado en espacio perteneciente a Comunidad PLAZA000 nº NUM001 , en cuanto es vía de acceso a las escaleras de dicha Comunidad y dicho esto, la autorización obtenida por mayoría, por Junta de la Comunidad de CALLE000 , NUM000 de fecha 3-4-2000 (folio 180) y no respaldada por la Junta de la Comunidad PLAZA000 , NUM001 ni ratificada en Junta de dichas Comunidades, no ha de considerarse válida para la ejecución de dichas obras.

Por otro lado el tabique y pared levantados por el propietario del NUM003 , ha de entenderse efectuado en zona común, como se desprende de las fotografías obrantes al folio 61, y por tanto, tampoco contaba con la aprobación oportuna, significando que la ley no ha de proteger actuaciones que conllevan, de forma directa o indirecta, un ánimo apropiatorio.

Se ha de acceder, por tanto, a tal pedimento.

»Sexto: También se solicitaba frente a D. Eulalio y Ziman Clima S.L., la reposición a su primitivo estado y situación, el tubo de ventilación del cuarto de máquinas del ascensor principal de PLAZA000 nº NUM001 con salida directa al patio.

Sobre este punto se ha de mantener el criterio de la magistrada de entender que en el acta de la Junta de la Comunidad PLAZA000 , nº NUM001 (folio 250) consta que "En otro orden de cosas... se informa

que el tubo de ventilación del ascensor se puede instalar de forma más directa hacia la cubierta del edificio a través de la escalera de salida a la misma, aceptándose que así se haga". Quiere ello decir que, aun siendo cierto que el tubo de ventilación, instalado anteriormente con salida por la zona de terraza correspondiente a la Comunidad de CALLE000 NUM000 , fue retirado de su antiguo emplazamiento, si bien tal modificación se produjo con el consentimiento de la comunicada afectada, PLAZA000 , NUM001 , sin que nada tenga que decir al respecto la comunidad codemandada, que ninguna relación tiene con el tubo.

Existiendo acuerdo aprobando dicha obra, es evidente que la misma no puede ser calificada de incontestada, y nada puede hacer la propia comunidad que la consintió -que no hace sino ir contra sus propios actos- para que las cosas vuelvan a su estado.

»Séptimo: Finalmente se peticionaba la condena a Ziman Clima S.L. a pagar la cantidad de tres mil quinientos ocho euros con seis céntimos de euro (3.508,06 #) a que asciende el coste de restitución de la barandilla en la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada a consecuencia de la caída de la velux. Se desestima en la instancia al estimar no probado que el deterioro que presenta el pasamanos de la escalera venga determinado por la caída de una de las ventanas velux que pretendió instalar Ziman Clima S.L. Sin embargo sí ha de entenderse acreditados tales desperfectos. Así el propio causante de los daños, Ziman Clima, S.L. en las juntas de propietarios reconoce haber causado citados daños. Es más, en la última junta realizada, de fecha 29/05/2003, folio 57 del libro de actas de CALLE000 NUM000 , el Sr. Lastra, que representa a Ziman Clima, S.L. dice que "el Sr. Pedro no se aparta de pagar las reparaciones de los desperfectos causados por sus operarios..."

El perito de parte D. Justo no puede afirmar que los daños hayan sido causados por la caída de una ventana velux porque él no ha visto antes la escalera de servicio. Pero sí aclara que citados daños que en la actualidad presenta citado pasamanos "ha podido ser causado por la caída de una velux".

El conserje del edificio y quien en definitiva lo limpia y cuida, D. Bartolomé manifiesta que estuvo presente en el momento de la caída de la velux sobre el pasamanos, que quedó afectado, como puede comprobarse, por otro lado, en la fotografía obrante al folio 333.

Y signo claro de la admisión de los hechos fue la propuesta de reparación del pasamanos presentada por "Metales Díez" (folios 334 y 337 y admitida por las Comunidades actoras, por lo que ha de estarse al precio de valoración de la obra que fija en 185 euros.

»Octavo: La Sala, como es su misión, da una respuesta legal a la situación planteada y obras realizadas, aun reconociendo el grave inconveniente que se genera, especialmente para Ziman Clima S.L., pero que en todo caso, y dado que no ha resultado acreditado que las mismas afecten de forma alguna a la seguridad de los inmuebles, queda abierta la vía a que tales obras sean consentidas en legal forma por las Comunidades afectadas.

»Noveno: En base a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de las Comunidades de Propietarios CALLE000 nº NUM000 y PLAZA000 nº NUM001 , y desestimar el formulado por Ziman Clima S.L. contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Santander que se ha de revocar en el sentido de que estimando parcialmente la demanda, se ha de condenar:

A D. Eulalio a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

A Ziman Clima S.L. a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 y el corredor o galería, debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta instalada así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejar la escalera y el corredor libre y expedito.

A D. Pedro a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM003 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta con llave allí instalada y reponer la barandilla, así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

A D. Eulalio y/o a Ziman Clima S.L. a: la reposición de la cubierta y tejado a su estado original, en el faldón del PLAZA000 , NUM001 debiendo demoler las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos de cubierta a su situación anterior, de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

A Ziman Clima S.L. a: reponer el muro medianero de las viviendas del piso NUM002 a su primitivo

estado, constituyendo dos viviendas diferenciadas, igual que antes de la obra realizada.

A reponer a su estado original la escalera principal de CALLE000 NUM000 , debiendo demoler y retirar la puerta instalada en el NUM002 piso, mano NUM004 así como restituir el muro de carga del edificio, con las debidas medidas de seguridad, lucir y dejar hueco para extintor de incendios, igual que antes de la obra realizada, debiéndose efectuar la misma de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

A pagar la cantidad de ciento ochenta y cinco euros (185 #) a que asciende el coste de restitución de la barandilla en la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada a consecuencia de la caída de la velux.

»Décimo: En el capítulo de costas, conforme a los *arts. 394 y 398 de la LEC* , no se hace especial declaración de condena, en cuanto a las devengadas en primera ni en la apelación a instancia de las Comunidades de Propietarios apelantes, imponiendo a Ziman Clima, S.L. las causadas en la apelación a su instancia.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de se formulan los siguientes motivos:

El primer motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Primero: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del art. 477 LEC* , por haber infringido la Sentencia recurrida, inaplicando el *artículo 396 del CC* y los *artículo 1 y 3 a) de la LPH* , al igual que los *artículos 5, párrafo tercero y 6 de esta misma Ley* , oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial emanada en torno a los mismos por la Sala primera del Tribunal Supremo, en las Sentencias que seguidamente se citan»

Alega, el recurrente que no se puede sostener, como hace la Audiencia Provincial que la apertura de la puerta, sea considerada como una alteración de un elemento común para cuya validez sea necesaria la unanimidad de los propietarios, cuando no se ve afectada ni la seguridad ni la estructura del edificio ni perjudica a otros copropietarios.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Segundo: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del art. 477 LEC* , por haber infringido la Sentencia recurrida, inaplicando el *artículo 396 del CC* y los *artículo 1 y 3 a) de la LPH* , al igual que los *artículos 5, párrafo tercero y 6 de esta misma Ley* , resolviendo así puntos o cuestiones sobre los que también existe jurisprudencia contradictoria con las Audiencias Provinciales.»

Alega el recurrente que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales respecto a la validez del pacto estatutario de exclusión del requisito del consentimiento unánime de la Junta para la apertura de accesos independientes a los elementos privativos y a través de elementos comunes y sobre la delimitación y cierre de los elementos privativos.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Tercero: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del artículo 477 LEC* , por haber infringido la sentencia recurrida, aplicando indebidamente los *artículos 7.1 segundo párrafo y 17.1ª de la LPH*, así como inaplicando el *artículo 1255 CC* , oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial emanada en torno a los mismos por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias que seguidamente se citan»

Alega, en síntesis, que

1.- La jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias 29 de octubre de 2001 , 8 de marzo de 1994 , 29 de junio de 1992 , 27 de septiembre de 1991 y 5 de mayo de 1986 , determina que las normas contenidas en la LPH no tienen una imperatividad plena, sino que, en algún precepto de la misma se establece una imperatividad atenuada por el principio de la autonomía de la voluntad. Si bien las normas estatutarias que confieren a los propietarios para inferir en elementos comunes deben ser interpretadas restrictivamente, sin embargo, se reconoce las facultades de algunos propietarios para, amparados por normas estatutarias, puedan llevar a cabo actuaciones que afecten a elementos comunes, sin que ello exija el consentimiento de la comunidad. Estas obras han de ser necesarias y no obedecer a un mero capricho.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Cuarto: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del artículo 477 LEC* , por haber infringido la sentencia recurrida, aplicando indebidamente los *artículos 7.1 segundo párrafo y 17.1ª* de la LPH, así como inaplicando el *artículo 1255 CC* , oponiéndose así puntos o cuestiones sobre los que también existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales»

Alega el recurrente, que hay disparidad de criterios respecto a cuándo se debe considerar que los estatutos contenidos en el título constitutivo contienen previsiones que contradicen o rebasan las normas imperativas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal.

SEXTO. - Por auto de 20 de enero de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO. - En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la calle CALLE000 , NUM000 de Santander se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo dice que los estatutos de las comunidades de propietarios no pueden contener pactos que sean contrarios a normas de carácter imperativo. Dentro de estas normas se encuentra la apertura de huecos en zonas comunes.

2.- Un gran número de las sentencias que cita el recurrente en sustento de su interés casacional, o bien no recogen el mismo supuesto de hecho que ha sido analizado durante el proceso, o bien no contemplan la jurisprudencia que el recurrente considera vulnerada.

OCTAVO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. El Juzgado estimó en parte la demanda formalizada por dos comunidades de propietarios dirigidas contra varios propietarios, al considerar que los demandados, habían realizado una serie de obras en elementos comunes sin el necesario consentimiento unánime de la comunidad.

2. Consideró, en lo que interesa para la resolución del recurso de casación, que la actuación llevada a cabo por uno de los demandados, consistente en abrir una puerta en la planta NUM002 .ª del edificio de una de las comunidades demandadas, hubiera exigido el previo consentimiento unánime de la comunidad. Razonó que no resulta válida la autorización para abrir y cerrar huecos ya existentes con el fin de dar a su propiedad salida distinta a la que tienen, contenida en los estatutos, al suponer una contradicción con una norma imperativa contenida en la LPH, de realizar obras que afectan a elementos comunes sin el consentimiento unánime de los comuneros.

3. Recurrida la sentencia dictada en primera instancia tanto por las comunidades actores como por uno demandados, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso formalizado por las primeras desestimando el resto.

4. Por lo que al objeto de resolución del recurso de casación interesa, la Audiencia Provincial, mantuvo la condena referida a la obligación de uno de los demandados de proceder al cierre del hueco para la colocación de una puerta que, sin autorización de la comunidad de propietarios había abierto en el

descansillo de la planta NUM002 de una de las comunidades actoras.

5. Ratificó, en esencia, los argumentos sostenidos por el Juzgado, al insistir en el hecho de que la conducta llevada a cabo por la demandada implicaba la realización de una obra en elemento común, actuación que resulta prohibida por la LPH, salvo que exista una autorización unánime y tras valorar que los *artículos 7 y 17 LPH* contienen obligaciones de naturaleza imperativa, concluyó que los estatutos de la comunidad no pueden contener autorizaciones que vulneren las prohibiciones contenidas en los citados preceptos.

6. La demandada Ziman Clima S.L. formalizó recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* indicando que, de los cinco pronunciamientos condenatorios que se recogen en el fallo de la sentencia recurrida, el recurso de casación se dirige únicamente a combatir el pronunciamiento referido a «Reponer a su estado original la escalera principal de CALLE000 , NUM000 , debiendo demoler y retirar la puerta instalada en el sexto piso, mano izquierda, así como restituir el muro del edificio, con las debidas medidas de seguridad, lucir y dejar hueco para extintor de incendios, igual que antes de la obra realizada, debiendo efectuarse la misma de conformidad con la obra descrita en el informe pericial.»

SEGUNDO . - *Enunciación de los cuatro motivos del recurso de casación.*

El motivo primero del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Primero: Por el cauce del motivo 3.º del *apartado segundo del art. 477 LEC* , por haber infringido la Sentencia recurrida, inaplicando el *artículo 396 del CC* y los *artículo 1 y 3 a) de la LPH* , al igual que los *artículos 5, párrafo tercero y 6 de esta misma Ley* , oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial emanada en torno a los mismos por la Sala primera del Tribunal Supremo, en las Sentencias que seguidamente se citan»

Alega, en síntesis:

1. No se puede considerar, como sostiene la sentencia recurrida, que la apertura desde zona común a un inmueble privativo, afecte o no a la seguridad y estructura del edificio y perjudiquen o no a los copropietarios, pueda ser calificada como una alteración de elemento común.

2. Las obras realizadas en elementos comunes al amparo de normas estatutarias que no sean contrarias a la Ley y que tengan por objeto la adaptación o adecuación de los elementos privativos al título constitutivo, no precisan de acuerdo unánime de la comunidad. Las facultades concedidas a los propietarios de pisos o locales sometidos al régimen de Propiedad Horizontal de tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, lleva implícita la posibilidad de variar la configuración de cualesquiera elementos comunes de cierre que lo impidan.

3. Las Sentencias del Tribunal Supremo, que a su juicio contienen la doctrina vulnerada por la Audiencia Provincial son las Sentencias de fecha 7 de mayo de 1997, 18 de mayo de 1995, 14 de marzo de 1968, 11 de octubre de 1995, 26 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1986, 14 de noviembre de 1985, 18 de mayo de 1960 y 9 de julio de 195.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Segundo: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del art. 477 LEC* , por haber infringido la Sentencia recurrida, inaplicando el *artículo 396 del CC* y los *artículo 1 y 3 a) de la LPH* , al igual que los *artículos 5, párrafo tercero y 6 de esta misma Ley* , resolviendo así puntos o cuestiones sobre los que también existe jurisprudencia contradictoria con las Audiencias Provinciales.»

La parte recurrente, expone que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales respecto a la validez del pacto estatutario de exclusión del requisito del consentimiento unánime de la Junta para la apertura de accesos independientes a los elementos privativos y a través de elementos comunes y sobre la delimitación y cierre de los elementos privativos. En definitiva, plantea idéntica cuestión jurídica que en el motivo anterior.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Tercero: Por el cauce del motivo 3º del *apartado segundo del artículo 477 LEC* , por haber infringido la sentencia recurrida, aplicando indebidamente los *artículos 7.1 segundo párrafo y 17.1ª* de la LPH, así

como inaplicando el *artículo 1255 CC*, oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial emanada en torno a los mismos por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias que seguidamente se citan.»

Alega, en síntesis:

1.- La sentencia recurrida vulnera la a jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 29 de octubre de 2001, 8 de marzo de 1994, 29 de junio de 1992, 27 de septiembre de 1991 y 5 de mayo de 1986, relativa a que las normas contenidas en la LPH no tienen una imperatividad plena, sino que, en algún precepto de la misma se establece una imperatividad atenuada por el principio de la autonomía de la voluntad.

2.- Si bien las normas estatutarias que confieren a los propietarios para inferir en elementos comunes deben ser interpretadas restrictivamente, sin embargo, se reconoce las facultades de algunos propietarios para, amparados por normas estatutarias, puedan llevar a cabo actuaciones que afecten a elementos comunes, sin que ello exija el consentimiento unánime de la comunidad, siempre que estas obras sean necesarias.

El cuarto motivo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Cuarto: Por el cauce del motivo 3.º del *apartado segundo del artículo 477 LEC*, por haber infringido la sentencia recurrida, aplicando indebidamente los *artículos 7.1 segundo párrafo y 17.1 .ª* de la LPH, así como inaplicando el *artículo 1255 CC*, oponiéndose así puntos o cuestiones sobre los que también existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales»

Alega el recurrente, que hay disparidad de criterios respecto a cuándo se debe considerar que los estatutos contenidos en el título constitutivo contienen previsiones que contradicen o rebasan las normas imperativas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal.

Los cuatro motivos van a ser objeto de análisis conjunto, en tanto, si bien con algún matiz, en el desarrollo de todos ellos se plantea una misma cuestión jurídica centrada en la posibilidad de que los copropietarios de pisos o locales sometidos al régimen de la propiedad horizontal, puedan realizar obras en elementos comunes, sin el previo consentimiento unánime de la comunidad, cuando los estatutos comunitarios así lo autorizan.

Todos los motivos deben ser desestimados.

TERCERO. - *Realización de obras en elementos comunes autorizadas por los estatutos de la comunidad de propietarios: validez.*

A) Bajo el argumento de que la sentencia recurrida, cuando expone que constituye una alteración de un elemento común la apertura desde zona común de cualquier acceso a un inmueble privativo, afecten o no a la seguridad y estructura del edificio y perjudique o no al resto de los copropietarios, es contraria a la jurisprudencia de esta Sala, la parte recurrente cita un buen número de sentencias dictadas por este Tribunal, de cuyo examen, sin embargo, no se puede extraer la doctrina que el recurrente denuncia vulnerada, dado que resuelven y dan respuesta a muy diversas situaciones jurídicas, ninguna de las cuales, sin embargo, analiza un supuesto de hecho similar al que ahora es objeto de estudio, ni se otorga la respuesta jurídica que aporta el recurrente. Alguna de estas sentencias resuelve situaciones de obras realizadas en bajos de edificios por propietarios de locales comerciales para el necesario desarrollo de su actividad. Las conclusiones que se obtienen en estas resoluciones no pueden trasladarse a la cuestión objeto de debate, ya que, como veremos, la jurisprudencia de esta Sala ha valorado que deben ser interpretadas de un modo flexible las exigencias normativas para realizar obras que pueden afectar a elementos comunes cuando se trata de locales comerciales situados en los bajos de los edificios en régimen de propiedad horizontal. Por otro lado las referencias que realiza el recurrente en el desarrollo de su escrito de interposición, respecto a la validez de la apertura de huecos realizada por los copropietarios, cuando no tienen salida a un elemento común o a la calle, no vienen sustentadas por un interés casacional válidamente acreditado, pero, en todo caso, tal realidad no ha sido constatada por la Audiencia.

B) Con carácter general esta Sala ha declarado que el *artículo 12 LPH en relación con la regla primera del artículo 17 LPH* exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo, y no se discute que la apertura de un hueco de nuevo acceso a su vivienda realizado por el recurrente en el descansillo de la escalera de la comunidad, afecta a elementos comunes. A ello se debe añadir que el Título Constitutivo o los Estatutos de la comunidad de propietarios, no pueden resultar contrarios a las normas de

derecho imperativo (SSTS de 22 de octubre de 2008 [RC n.º 245/2003], de 15 de diciembre de 2008 [RC n.º. 861/2004] y de 17 de febrero de 2010 [RC n.º. 1958/2005]). Esta jurisprudencia, como ya se avanzaba, únicamente se atempera, cuando se trata de obras realizadas por los propietarios de los locales comerciales de las plantas bajas de los edificios.

Es un principio básico del régimen de la Propiedad Horizontal, instituido por su Ley reguladora, la preferencia 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"*.

En definitiva, la validez de una autorización previa y genérica contenida en los Estatutos de la Comunidad para realizar obras que afecten a elementos comunes, y que no exija una autorización unánime prestada por los copropietarios, es rechazada.

C) La Audiencia Provincial, en definitiva, no realiza una interpretación de los preceptos que se consideran vulnerados, contraria a los criterios fijados por este Tribunal, sino, muy al contrario, al rechazar que sea lícita la obra realizada por la recurrente, por afectar a un elemento común y no haber obtenido el consentimiento unánime de la comunidad, pese a constar una autorización genérica en los estatutos de la comunidad, se acomoda a la más reciente jurisprudencia.

CUARTO. - Costas

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

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

FALLAMOS

1.- Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Zimann Clima S.L. contra la Sentencia dictada el 12 de noviembre de 2004 por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, en el rollo de apelación número 330/03 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de las Comunidades de Propietarios de Santander: CALLE000 nº NUM000 y PLAZA000 nº NUM001 , y desestimando el formulado por Ziman Clima, S.L. contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Santander , debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que debemos condenar y condenamos:

»A D. Eulalio a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM002 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

»A Ziman Clima S.L. a reponer a su estado original, la escalera de servicio piso NUM002 y el corredor o galería, debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta instalada así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejar la escalera y el corredor libre y expedito.

»A D. Pedro a reponer a su estado original la escalera de servicio piso NUM003 , debiendo demoler y retirar el tabique y la puerta con llave allí instalada y reponer la barandilla, así como retirar todos los muebles y demás objetos allí depositados y dejarlo libre y expedito.

»A D. Eulalio y/o Ziman Clima S.L. a la reposición de la cubierta y tejado a su estado original, el

faldón del PLAZA000 NUM001 , debiendo demoler las nuevas ventanas colocadas y restituir los huecos de cubierta a su situación anterior, de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

»A Ziman Clima S.L. a reponer el muro medianero de las viviendas del piso NUM002 a su primitivo estado, constituyendo dos viviendas diferenciadas, igual que antes de la obra realizada.

»A reponer a su estado original la escalera principal de CALLE000 NUM000 , debiendo demoler y retirar la puerta instalada en el NUM002 piso, mano NUM004 así como restituir el muro de carga del edificio, con las debidas medidas de seguridad, lucir y dejar hueco para extintor de incendios, igual que antes de la obra realizada, debiéndose efectuar la misma de conformidad con la obra descrita en informe pericial.

»A pagar la cantidad de ciento ochenta y cinco euros (185 #) a que asciende el coste de restitución de la barandilla en la escalera de servicio de ambas comunidades, dañada a consecuencia de la caída de la velux. No se hace declaración expresa de condena en las costas devengadas en la primera ni en la apelación a instancia de las Comunidades de Propietarios apelantes, imponiendo a Ziman Clima S.L. las causadas en la apelación a su instancia.»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente

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. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Roman Garcia Varela. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.