

Roj: **STS 3564/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3564**Id Cendoj: **28079110012009100411**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/05/2009**Nº de Recurso: **1883/2004**Nº de Resolución: **389/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 3162/2004,**
STS 3564/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil nueve

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 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 214/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Madrid por la representación procesal Yurka S.L, aquí representada por el Procurador Don Enrique Hernández Tabernilla. Habiendo comparecido en calidad de recurridas el Procurador Don Javier Campal Crespo, en nombre y representación de Don Guillermo, Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Guillermo, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador Don Javier Campal Crespo, en nombre y representación de Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Guillermo, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo, interpuso demanda de juicio, contra Yurka Sociedad de Responsabilidad Limitada 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 nula y sin efecto alguno la reserva de suelo y vuelo constituida por Yurka S.L Sociedad de Responsabilidad Limitada en la división horizontal, otorgada ante el Notario de Madrid, Don José Periel García el 25 de junio de 1992, con el número 1794 de Orden. b) Se declaren nulos y sin efecto alguno los artículos 3º y 9º de los estatutos de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en Madrid compuesto por nueve bloques, cuatro de ellos con entrada por la CALLE000, NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, dos con entrada por la CALLE001 números NUM004 y NUM005 y tres en el interior del edificio denominado Bloque NUM006, Bloque NUM007 y Bloque NUM008, inscritos en el Registro de la Propiedad número cinco de Madrid, declarando, en consecuencia el derecho de todos y cada uno de los propietarios al disfrute como parte común que es de los derechos de suelo y vuelo. c) Se libre testimonio de la resolución a la Notaria de D. José Periel García en Madrid, calle Castello 41, para su unión al protocolo de la escritura otorgada en aquella el día 25 de junio de 1992, relativa a división horizontal de la finca objeto de litis. d) Se libre testimonio de la resolución al Registro de la Propiedad

2.- El Procurador Don Enrique Hernández Tabernilla, en nombre y representación de Yurka S.L, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó



suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestime la totalidad de las peticiones de la parte demandante y le haga expresa imposición de las costas causadas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2003, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que desestimando íntegramente la demanda deducida por la representación procesal de Don Guillermo, Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo, debo absolver y absuelvo de las pretensiones de adverso deducidas a la demandada YURKA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, imponiendo a los demandantes la condena en las costas del presente juicio.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Don Guillermo, Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo, la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha cinco de marzo de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Estimar el recurso interpuesto Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Guillermo, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid en procedimiento ordinario 214 del 2000, seguido contra Yurka S.L. revocando la misma, y en consecuencia estimar la demanda presentada por los hoy apelantes contra Yurka S.L., declarando nula y sin efecto la reserva de suelo y vuelo constituida por la demandada en la división horizontal otorgada ante el Notario de Madrid Don José Periel García el 25 de junio de 1992 con el núm 1792 de su orden, declarar nulos y sin efecto los artículos 3º y 9º de los estatutos de la comunidad de propietarios del edificio sito en Madrid compuesto por nueve bloques y cuatro de ellos con entrada por CALLE000 NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 y dos con entrada por CALLE001 NUM004 y NUM005 y tres en el interior del edificio denominados bloque NUM006, Bloque NUM007 y Bloque NUM008 inscritos en el registro de la Propiedad 5 de Madrid, declarando el derecho de los propietarios al disfrute del suelo y vuelo. Librar testimonio a la notaria de Don José Periel para su unión al protocolo de la escritura otorgada el 25 de junio de 1992, y asimismo al Registro de la Propiedad núm 5 de Madrid para la anotación en la inscripción de división horizontal y la correspondiente a los estatutos de la Comunidad. Se imponen a la demandada las costas de la Primera Instancia, y no se hace condena de las devengadas en esta alzada.*

TERCERO .-1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Yurka S.L con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Aplicación errónea de los artículos 396 del Código Civil y artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal. **SEGUNDO .-** Aplicación indebida del artículo 10 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de mayo de 2007 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizen su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D.Javier Campal Crespo, en nombre y representación de Don Guillermo, Don Norberto, Doña Modesta, Don Carlos José, D. Arsenio, Don Eutimio, Doña Amparo, Don Leovigildo, Don Sixto, Doña Graciela, Doña Serafina, Don Alejandro, Don Edmundo, Doña Clara, Doña Mariana, Doña María Consuelo, Doña Estibaliz, Doña Raquel y Don Leopoldo, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día trece de Mayo del 2009, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea en el presente recurso si procede declarar la nulidad de la reserva de suelo y vuelo constituida en la división horizontal y en los estatutos de la comunidad, manteniendo o casando la sentencia recurrida que así lo declaró, con revocación de la del Juzgado y estimando la demanda, por considerar que ni los estatutos ni el título constitutivo pueden contener previsiones que contradigan las normas imperativas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, de tal forma que cuando lo pactado implique infracción de las normas contenidas en esta Ley " se ha de dar prevalencia a estas últimas si se trata de infracciones de las normas



imperativas contenidas en aquélla; de forma que ha de llegarse a la conclusión, con la sentencia del Tribunal Supremo 6.2.89 , que aun cuando la voluntad del constituyente juega un importante papel pudiendo establecer normas sobre uso y destino del edificio y sus diferentes pisos y locales, ello será siempre que no contravenga las normas de derecho necesario, y así expresamente se proclama en la propia Exposición de Motivos de la ley especial y reitera el art. 5.3 de la misma".

La reserva en cuestión, en lo que aquí interesa, dice lo siguiente: "Conforme a lo prevenido en el artículo 16, 2º del vigente Reglamento Hipotecario, el propietario se reserva el derecho de realizar nuevas plantas de construcción bajo el suelo de la finca y sobre el vuelo de los edificios haciendo suyas las edificaciones. Dichos nuevos locales se integrarán en la Comunidad del edificio, una vez que la edificación se haya realizado; atribuyéndoles una cuota a detracción del resto de los locales y viviendas, determinándose expresamente que la cuota del local destinado a garaje que se construya bajo la rasante, serán del diez enteros por ciento en relación al conjunto total, y podrá utilizar para paso y salida de peatones todos los otros nueve portales del edificio. La cuota de las nuevas edificaciones que se levanten sobre el vuelo del edificio se detracción de las restantes viviendas y locales del edificio, y se establecerán en proporción a la superficie de dichas nuevas edificaciones. El Promotor queda facultado, sin necesidad de dar cuenta ni de acuerdo de la Junta de la Comunidad de Propietarios, para modificar los elementos comunes o uso de los mismos, en cuanto sea necesario o conveniente para terminar la construcción del garaje o para su utilización, hasta el momento en que se obtenga la licencia definitiva de apertura, a partir de cuyo momento no se podrán hacer otras variaciones que las que consienta la Comunidad de propietarios...". También se recoge en las escrituras de compraventa que, en el apartado CARGAS, señaló lo siguiente: RESERVA DE SUELO Y VUELO : "Conforme a lo prevenido en el artículo 16 2º del vigente Reglamento Hipotecario , el propietario se reserva el derecho de realizar nuevas plantas de construcción bajo el suelo de la finca y sobre el vuelo de los edificios haciendo suyas las edificaciones resultantes".

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos. El primero de ellos denuncia infracción de los artículos 396 del Código Civil y artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal . El motivo viene a sostener que era posible la reserva del suelo y vuelo de las construcciones por ser el único propietario que otorgó la escritura del título constitutivo y que tales reservas no son contrarias a la Ley de Propiedad Horizontal, por encontrarse dentro de los bienes comunes reservables el suelo y el vuelo y el derecho se ejercita cuando todavía es propietaria del 50% de las fincas y las obras del garaje son consecuencia necesaria del título constitutivo. El motivo se desestima. La posibilidad de que en el momento de la formación de la propiedad horizontal el Promotor o el propietario inicial del edificio se reserven en el título constitutivo o en los Estatutos del mismo ciertos elementos en principio comunes de la finca para su construcción posterior, como es el suelo y el vuelo, es algo admitido en la doctrina y en la jurisprudencia, con alguna excepción, como la contenida en la sentencia de 10 de mayo de 1999 . Su regulación aparece en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario , única norma dedicada al derecho de sobreelevación (si bien tiene como finalidad la fijación de su contenido a efectos de su publicidad en el Registro de la Propiedad), junto con la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, cuyo artículo 553-13 reconoce la validez de la constitución o la reserva expresa del derecho a sobreelevar, subedificar o edificar en el mismo solar del edificio a favor de los promotores o de terceras personas siempre que se establezca en el título de constitución en cláusula separada y específica de acuerdo con el artículo 567.2 (número máximo de plantas; cuotas de participación; plazo para su ejercicio; precio o contraprestación, si procede...). Su inclusión en el título constitutivo o en los Estatutos hace innecesario adoptar acuerdo alguno de la Comunidad de Propietarios que facilite su ejercicio posterior por parte del titular del derecho puesto que no se modifica el Título, desde el momento en que la facultad de llevarla a término -por sí solo- está claramente atribuida en el mismo.

Ahora bien, este no es realmente el problema que plantea la reserva (al margen de la conveniencia de su limitación o, en su caso, de una adecuada regulación). Lo esencial de este derecho radica en los requisitos que impone su especial naturaleza para que produzca el efecto jurídico real pues una cosa es que la voluntad del Promotor o propietario único sirva para organizar el régimen jurídico propio de un inmueble sujeto al régimen de la Propiedad Horizontal, y otra distinta la creación de un derecho real de características propias, como es el que resulta de la reserva, que trasciende a quienes, con la compra posterior, van a ser sus nuevos propietarios. La naturaleza misma del derecho, limitativo del dominio, consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en el edificio, excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad. La actuación unilateral del Promotor o del propietario único o los pactos acerca del modo de construir, duración y demás requisitos que impone el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario forman el contenido real del derecho, por lo que tienen eficacia frente a terceros, que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión que, por otra parte, se inscribe en el Registro de la Propiedad, cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales. Y es evidente que la incorporación de la reserva al Título y su posterior inscripción no han conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta



que extremo se extiende en lo que hace al número de construcciones y al tiempo de su ejercicio, lo que no solo ha impedido a los futuros adquirentes tomar conocimiento preciso de las condiciones en que se va a llevar a cabo la obra y disponer en su vista lo que a su derecho pudiera convenir en orden a la adquisición de la casa, sino que ha dejado a la comunidad en una situación de absoluta provisionalidad en cuanto a la futura configuración del inmueble, o en aspectos tan sustanciales para quienes la integran como son las cuotas de participación, el mantenimiento de los servicios o el ejercicio de sus derechos dominicales; todo lo cual la hace incompatible con el régimen jurídico de la propiedad horizontal.

TERCERO.- La desestimación del motivo primero exime del análisis del segundo. En cuanto a las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla, en la representación que acredita de Yurka SL, contra la sentencia dictada por la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de marzo de 2004 , con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Roman Garcia Varela .- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades.- Encarnacion Roca Trias .- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.