



Roj: **STS 3415/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3415**

Id Cendoj: **28079110012021100593**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2021**

Nº de Recurso: **5346/2018**

Nº de Resolución: **614/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13000/2018,**
STS 3415/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 614/2021

Fecha de sentencia: 21/09/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5346/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5346/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 614/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 21 de septiembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2018, dictada en recurso de apelación 209/2018, de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 160/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Collado Villalba; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACION000 de Alpedrete, representada en las instancias por la procuradora Dña. Begoña LLuva Rivera, bajo la dirección letrada de Dña. Isabel Fernández-Gil Viega, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Secundino , representado por el procurador D. José Javier Freixa Iruela, bajo la dirección letrada del propio recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La Comunidad de Propietarios URBANIZACION000 de Alpedrete, representada por la procuradora Dña. Begoña LLuva Rivera y bajo la dirección técnica de Dña. Isabel Fernández-Gil Viega, interpuso demanda de juicio ordinario por abuso de derecho contra D. Secundino y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"1.- Declarando la concurrencia de abuso de derecho en la conducta de D. Secundino .

"2.- Condenando a D. Secundino a que emita declaración de voluntad, consistente en dar su voto favorable a la desafectación y venta de la "parcela pozo" por parte de la Comunidad de Propietarios URBANIZACION000 de Alpedrete a D. Alberto y Dña. Enriqueta , y en el caso de que no la emita voluntariamente en el plazo establecido al efecto en el artículo 548 de la LEC, proceda el Juez, mediante auto, a suplir la voluntad de D. Secundino , de acuerdo con el artículo 708 LEC.

"3.- Subsidiariamente y para el hipotético supuesto de que no fuesen acogidas las peticiones, autorizando a la Comunidad de Propietarios a desafectar la "parcela pozo" como zona común, esto es los 250 metros cuadrados sobre los que D. Alberto y Dña. Enriqueta han construido su chalet unifamiliar, segregarla y venderla a éstos, al precio que determine la tasación de un experto independiente elegido de mutuo acuerdo por ambas partes.

"3.1.- Autorizando a la Comunidad de Propietarios a repartir las cuotas de participación de todo el complejo entre las cuarenta y tres fincas que se van a formar una vez segregada la "parcela pozo".

"3.2.- Condenando al demandado a estar y pasar por estos pronunciamientos;

"4.- Condenando expresamente en costas al demandado".

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Secundino , representado por el procurador D. José Javier Freixa Iruela y bajo la dirección letrada del propio demandado, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime la demanda, con los pronunciamientos que correspondan en derecho con la temeridad que supone la misma".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Collado Villalba se dictó sentencia, con fecha 26 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que, desestimo la demanda interpuesta por Comunidad de Propietarios URBANIZACION000 de Alpedrete contra Secundino y absuelvo al demandado de los pedimentos de contrario, sin imposición de costas. Todo ello sin imposición de costas".

Y con fecha 30 de noviembre de 2017 se dictó auto desestimando la petición de aclaración de sentencia solicitada por el demandado.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por el demandado, la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallamos:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación principal interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios URBANIZACION000 de Alpedrete y el interpuesto por impugnación por la representación procesal de D. Secundino contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Collado Villalba en el procedimiento ordinario n.º 160/2017, a que este rollo se contrae, resolución que confirmamos sin imposición de las costas causadas en esta segunda instancia".

TERCERO.- 1.- Por Comunidad de Propietarios de URBANIZACION000 de Alpedrete se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

Motivo único.- Error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba con vulneración de derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, y en concreto el del artículo 216 LEC, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, al no haberse tenido en cuenta el documento aportado por la demandante en el acto de la vista, a requerimiento de su señoría, correspondiente con los folios 278 a 283.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. La argumentación e interpretación de la sentencia que ahora se recurre no es conforme a la naturaleza ni espíritu del precepto legal, produciéndose la vulneración del artículo 7.1 y 2 del Código Civil, ya que según aquella "en el caso enjuiciado es cierto que el demandado ha mostrado, desde un inicio y de manera reiterada y pertinaz, su oposición a dar salida al problema que se ha planteado a la Comunidad por la construcción en la parcela de su propiedad, a través de la solución que establece el artículo 361 del Código Civil, para el caso de que el constructor lo sea de buena fe.

Como es sabido, el precepto pone a disposición del dueño del suelo la opción entre hacer suyo lo construido indemnizando de su valor, u obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. En esta situación, hay que contemplar la oposición del demandado que, básicamente, se reduce a anteponer la legalidad urbanística a la posible aplicación del artículo 361 del Código Civil.

Infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Con referencia a las SSTS de 24 febrero 1959, 25 noviembre 1960, 31 enero de 1969 y 5 junio de 1972, STS 5 marzo de 2014, STS 19 diciembre de 2008 y STS 13 marzo de 2003.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de diciembre de 2020, se acordó admitir ambos recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de D. Secundino, presentó escrito de oposición a los recursos admitidos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

- La demanda se interpone por la comunidad de propietarios contra uno de los copropietarios.
- Se basa en el abuso de derecho: postura del copropietario demandado que se opone a las soluciones planteadas por la comunidad de propietarios para solucionar la siguiente situación: sin intervención alguna de la comunidad de propietarios, en la actualidad se encuentra con una vivienda edificada por terceros de buena fe en una parte del terreno que es elemento común de la comunidad destinado a jardines (suelo elemento común con edificación de terceros de buena fe).
- En la comunidad de propietarios se llegó -tras diversas vicisitudes- al acuerdo de vender el terreno a los terceros de buena fe que han edificado en él.

2.- La sentencia de primera instancia. Desestimó la demanda.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Confirmó la desestimación de la demanda.

Se declaró:

- La negativa del copropietario demandado al votar de forma favorable el acuerdo de la junta no es abusivo porque está amparado por una norma legal y tiene su fundamento en la legalidad urbanística.
- No se ha probado que la segregación y la venta del terreno sean urbanísticamente factibles.
- No se conoce la situación urbanística del trozo de terreno.

4.- Interposición de los recursos.

- La comunidad de propietarios demandante ha interpuesto los recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, basado aquel en la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el abuso de derecho en el ámbito de la propiedad horizontal.

SEGUNDO.- Sentencia de la Audiencia Provincial.

En la sentencia de la Audiencia Provincial consta como fundamento de derecho segundo lo siguiente:

"Pues bien, los hechos básicos de este proceso surgen de la prueba documental y están admitidos por las partes, las cuales solamente discrepan en las consecuencias que de esos hechos dimanen.

"Así resulta:

"1.º- La Comunidad de Propietarios demandante se formó mediante promoción llevada a cabo por la entidad Dehesa y Villas de Alpedrete S.A. (Deviasa), consistente en la construcción de 42 chalets unifamiliares, quedando, como zona común, un espacio de 5.000 metros cuadrados, constitutivo de la finca registral NUM000 , en la que se construyó una única edificación, en cuya planta baja esta el club social y en la alta, la vivienda del portero. El resto quedó, según la inscripción registral 2.ª, como espacio "destinado a jardines y zonas libres de las cuarenta y dos viviendas que forman la URBANIZACION000 y parcela del pozo privado propiedad de la sociedad Dehesa y Villas de Alpedrete S.A".

"Sobre esa parcela denominada "del pozo", que Deviasa segregó, con una superficie de 250,50 metros cuadrados, se sucedieron las ventas llevadas a cabo por Deviasa a favor de Ibéricas de Placas Guadarrama y de ésta a favor de D. Alberto y Dña. Enriqueta , los cuales son propietarios de la edificación que sobre dicha parcela se construyó.

"La Comunidad planteó procedimiento ordinario, que se registró como el 714/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Collado Villalba, obteniendo la declaración de nulidad de la segregación de la parcela y de las sucesivas compraventas, declarando expresamente el carácter común, como integrante de la finca NUM000 , de la parcela segregada. Tal sentencia fue confirmada en apelación, quedando desierto el recurso de casación.

"A su vez, el Ayuntamiento, en resolución del 2 de febrero del 2.000, anuló la autorización de segregación de la parcela referida, dándola de baja en el padrón del IBI "ya que no ha sido segregada y, urbanísticamente sigue formando parte de la zona deportiva".

"2.º- En esta situación, se plantea por la Comunidad la manera de resolver el conflicto que representa la división de la propiedad entre el suelo y la edificación hecha en la referida parcela "del pozo", partiendo de considerar a los últimos adquirentes como constructores de buena fe.

" El relato que, al respecto, se contiene en el escrito de recurso de apelación de la demandante, y que está contrastado con los documentos aportados con la demanda es el siguiente:

"El 27 de julio de 2.009 se celebra junta en la que se acuerda tasar el valor de la parcela para en una próxima reunión decidir si se vende o no, a lo que en escrito de 12 de agosto de ese año se opuso el demandado, por entender que las licencias que amparaban la edificación son nulas por aplicación de la normativa urbanística.

"El 9 de febrero de 2.012 se celebra junta en la que por mayoría simple se acuerda vender la parcela, por su valor de tasación, a los propietarios de la edificación, lo que la propia junta, al no haber unanimidad, considera ineficaz.

"El 11 de febrero de 2.013 se celebra junta en la que se acuerda, con una abstención y con el voto en contra del demandado, la venta de la parcela a los propietarios de la edificación que hay sobre la misma, razonando en escrito aportado por demandado su negativa por las mismas razones de legalidad urbanística.

"En la junta celebrada el 26 de febrero de 2.014 se reitera la misma situación.



"En la junta de 28 de mayo de 2.015 se aclara por la letrada de la Comunidad determinados aspectos sobre las posibilidades de entablar acción reivindicatoria, remitiéndose el 29 de junio escrito por el demandado oponiéndose a que en la reivindicatoria se ejercitara acción subsidiaria para obtener el precio de la parcela.

"Finalmente en junta celebrada el 8 de febrero de 2.016 en la que se trata, por la letrada de la Comunidad, la conveniencia de interponer un procedimiento ordinario para solucionar el tema de la parcela, fue aprobada esta propuesta, a la que el demandado se opuso en escrito insistiendo en su posición.

"Por último, el 1 de febrero de 2.017 se aprueba por la Comunidad interponer demanda por abuso de derecho contra D. Secundino, decisión a la que se opuso éste y otro comunero".

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- *Motivo único. Error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba con vulneración de derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, y en concreto el del artículo 216 LEC, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, al no haberse tenido en cuenta el documento aportado por la demandante en el acto de la vista, a requerimiento de su señoría, correspondiente con los folios 278 a 283.*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara que la parcela que la comunidad pretende transmitir no ha sido segregada y se atiene para ello a la resolución municipal de 2 de febrero de 2000.

Sin embargo, consta que en posterior resolución de 3 de julio de 2000 se acordó por la comisión de gobierno conceder licencia para segregación solicitada por la sociedad Deviasa.

A este extremo no se refiere la sentencia recurrida, pero resulta una documental intrascendente pues en el procedimiento judicial antes referido se acordó la nulidad de la segregación, en fecha posterior a la licencia, solicitud instada por la propia comunidad de propietarios que ahora recurre.

Por lo tanto, no concurre error y además, de existir, sería irrelevante (art. 24 CE).

Recurso de casación.

CUARTO.- *Motivo único. Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. La argumentación e interpretación de la sentencia que ahora se recurre no es conforme a la naturaleza ni espíritu del precepto legal, produciéndose la vulneración del artículo 7.1 y 2 del Código Civil, ya que según aquella "en el caso enjuiciado es cierto que el demandado ha mostrado, desde un inicio y de manera reiterada y pertinaz, su oposición a dar salida al problema que se ha planteado a la Comunidad por la construcción en la parcela de su propiedad, a través de la solución que establece el artículo 361 del Código Civil, para el caso de que el constructor lo sea de buena fe. Como es sabido, el precepto pone a disposición del dueño del suelo la opción entre hacer suyo lo construido indemnizando de su valor, u obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. En esta situación, hay que contemplar la oposición del demandado que, básicamente, se reduce a anteponer la legalidad urbanística a la posible aplicación del artículo 361 del Código Civil.*

Infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Con referencia a las SSTS de 24 febrero 1959, 25 noviembre 1960, 31 enero de 1969 y 5 junio de 1972, STS 5 marzo de 2014, STS 19 diciembre de 2008 y STS 13 marzo de 2003.

La recurrente entiende que el demandado incurre en abuso de derecho dado que su postura no le genera utilidad y provoca un daño a la comunidad al no poder proceder a la venta del solar edificado, según ella, con buena fe de los que en el solar construyeron.

Por su parte, en la sentencia recurrida se declara que no consta que sea posible la segregación y venta de la parcela, lo que empodera al demandado al oponerse con una causa que sería justa, en tanto se opone a lo que considera una ilegalidad.

De lo actuado resulta que la segregación fue anulada en procedimiento judicial y que la calificación urbanística del solar es de zona deportiva, por lo que aún cuando se vendiese la parcela en la que se edificó por terceros, en el actual estado del planeamiento, no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, como parcela edificable.

La conducta del demandado no puede considerarse incurso en un abuso de derecho, en tanto se encuentra amparada en el legítimo derecho de evitar la venta de una superficie que es elemento común, por lo que el demandado no intenta provocar un perjuicio a la comunidad, sino que pretende preservar el patrimonio de ésta.

En este sentido esta sala declaró en sentencia 386/2021, de 7 de junio:

"En cuanto a la vulneración del art. 7.2 del CC, que se refiere al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo, también desconocemos los concretos fundamentos del recurso mediante la alegación de su



vulneración. En cualquier caso, los requisitos condicionantes para su apreciación se contienen, entre otras, en la sentencia 690/2012, de 21 de noviembre, cuya doctrina reproduce la más reciente sentencia 137/2021, de 11 de marzo:

""[...] a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con *animus nocendi*), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) [Sentencias 455/2001, de 16 de mayo, y 722/2010, de 10 de noviembre], ya que, en otro caso, rige la regla *qui iure suo utitur neminem laedit* (quien ejercita su derecho no daña a nadie)".

"No podemos considerar que los actores, al hacer valer su derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado y el sometimiento del edificio al régimen jurídico convenido, concorde con la unidad estructural del edificio y lo pactado expresamente por las partes, hayan incurrido en las conductas vedadas por el art. 7.2 CC, de manera tal que su comportamiento devenga antisocial o inmoral o hayan actuado con el ánimo de dañar, o movidos por la intención de perjudicar a los demandados sin obtención de ventaja alguna para su posición o intereses jurídicos".

Siendo un procedimiento entablado entre la comunidad y un comunero nada cabe referir sobre la construcción efectuada por un tercero en base a título que a la postre fue anulado (art. 361 C. Civil).

QUINTO.- Costas y depósito.

Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Comunidad de Propietarios de la URBANIZACION000 de Alpedrete, contra sentencia de fecha 17 de octubre de 2018, de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 209/2018).

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente, con la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.