



Roj: **STS 350/2023 - ECLI:ES:TS:2023:350**

Id Cendoj: **28079110012023100091**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2023**

Nº de Recurso: **9494/2021**

Nº de Resolución: **217/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 1065/2021,**
STS 350/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 217/2023

Fecha de sentencia: 13/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Número del procedimiento: 9494/2021

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg** Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE JAÉN, SECCIÓN 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: EAL Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 9494/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil Sentencia núm. 217/2023

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**

En Madrid, a 13 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Eloisa, D. Constancio, D. Valeriano, D.ª Diana, D. Jose Augusto, D.ª Elvira, D. Carlos José y D.ª Enriqueta, representados por la procuradora D.ª Elena Arcos Quesada, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Nieves Carrascosa, contra la sentencia n.º 855, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación n.º 256/2020, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1003/18, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Propietarios DIRECCION000,

representada por la procuradora D.^a M.^a José Carralero Medina y bajo la dirección letrada de D.^a Eugenia M.^a Ruiz Cuenca.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Elena Arcos Quesada, en nombre y representación de D.^a Eloisa y otros, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que se estime la demanda, dando lugar a los siguientes pronunciamientos:

»1º Declarar que las norma, instrucciones o actuaciones de hecho llevadas a cabo por los demandados para impedir o perturbar a mis representados el acceso a las piscinas y demás espacios comunes de la Urbanización denominada " DIRECCION000 " por el hecho de no practicar el nudismo, lesionan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad ideológica, a la libertad y a la intimidad y a la propia imagen.

»2º Declarar radicalmente nula cualesquiera normas, instrucciones o directrices emitidas por los demandados que tengan por objeto impedir o perturbar el derecho de mis representados a acceder a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

»3º Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y abstenerse de realizar cualesquiera actos que limiten o perturben el derecho de acceso a acceder

a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

»4º Condenar solidariamente a los demandados a indemnizar a mis representados por la lesión de sus derechos fundamentales con la suma de mil euros a cada uno de ellos.

»5º Imponer a los demandados las costas causadas».

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén y se registró con el n.º 1003/18. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a M.^a José Carralero Medina, en representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[...] dicte en su día resolución definitiva por la que se desestime la demanda presentada de adverso y todos sus pedimentos, imponiendo asimismo al demandante las costas causadas, dada su temeridad y mala fe».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén, dictó sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando íntegramente como desestimo la demanda interpuesta, debo absolver y absuelvo a la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 " de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas a la parte demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Enriqueta y otros.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 256/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la postulación procesal de Enriqueta y otros contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén con fecha 26 de noviembre de 2019 en autos de Juicio Ordinario n.º 1003/2018, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

»Se imponen a los recurrentes las costas de esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Elena Arcos Quesada, en representación de D.^a Eloisa y otros, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



«Primer motivo. Al amparo del artículo 469 1.2º LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), se denuncia en este motivo la infracción del art. 218.1 de la LEC, por no resolver la sentencia dictada por la Audiencia todos los puntos y cuestiones planteados en el Recurso de Apelación (Incongruencia omisiva).

»Segundo motivo. Al amparo del artículo 469 1.2º LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), se denuncia en este segundo motivo la infracción del art. 218.2 de la LEC, por falta de motivación de la sentencia dictada por la Audiencia, en relación con el motivo primero del recurso de apelación.

»Tercero motivo. Se formula al amparo del artículo 469 1.4º LEC, y se denuncia en este motivo la infracción del artículo 24 CE, por error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida, con resultado de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo primero.- El motivo se formula al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales.

»Motivo segundo.- El motivo se formula al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales.

»Motivo tercero.- El motivo se formula al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales.

»Motivo cuarto.- El motivo se formula igualmente al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales.

»Motivo quinto.- El motivo se formula igualmente al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales.

»Motivo sexto.- El motivo se formula, como los anteriores, al amparo del ordinal 1º del apdo. 2 del art. 477 de la LEC, ya que el procedimiento se ha seguido en virtud de demanda de protección de derechos fundamentales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Eloisa, D.ª Diana, D. Constancio, D. Valeriano, D. Jose Augusto, D.ª Elvira, D. Carlos José y D.ª Enriqueta presentó escrito de interposición de recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2021 por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Primera) en el rollo de apelación n.º 256/2020, dimanante del juicio ordinario (sobre derechos fundamentales) n.º 1003/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida y el Ministerio Fiscal formalicen por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»De conformidad con lo dispuesto en los artículos 473.3 y 483.5 de la LEC, contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. También lo hizo el Ministerio Fiscal.

4.- Por providencia de 13 de enero de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de febrero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios de los presentes recursos partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- *Objeto del proceso*

Es objeto del proceso la demanda de protección de derechos fundamentales de la persona, que es formulada por los demandantes, en su condición de propietarios de apartamentos de uso vacacional, en una urbanización



sita en el término municipal de Vera (Almería), dirigida contra la comunidad de propietarios DIRECCION000 y su presidenta D.^a Evangelina .

2º.- *Fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda*

En la demanda se señala que la inseguridad generada, por la falta de inscripción registral de la división horizontal de la comunidad de vecinos, así como la inexistencia de adecuada titulación de muchos de los compradores, ha dado lugar a un conflicto acerca de la legítima constitución de la comunidad de propietarios, al punto de que, en la actualidad, coexisten, aunque sin un

adecuado funcionamiento, dos comunidades diferentes sobre el mismo conjunto residencial. Una de ellas agrupa a un conjunto minoritario de vecinos, bajo el nombre de «comunidad de propietarios DIRECCION000 », que pretende imponer la practica el nudismo en la urbanización, y, en la otra, el resto de comuneros, denominada «comunidad de propietarios AVENIDA000 ».

Esta patológica coexistencia redundo en un inadecuado mantenimiento de los espacios comunes y en dificultades para mantener una pacífica convivencia entre vecinos.

La legitimidad de una u otra comunidad es objeto de un procedimiento judicial que, a fecha de esta demanda, pende de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. La sentencia dictada en primera instancia declaró la validez de la comunidad DIRECCION000 y la nulidad de la constitución de la comunidad AVENIDA000 , al entender que la primera se había constituido con anterioridad y que, en consecuencia, no cabía ya legalmente, que se constituyese una segunda sobre el mismo objeto. La sentencia fue confirmada en segunda instancia, interponiéndose contra ella los recursos ya indicados.

Como puede comprobarse, mediante la lectura de las dos sentencias, en ninguna de ellas se dice nada acerca de cuáles son los estatutos por los que debe regirse la comunidad de propietarios, entre otras razones porque tal cuestión no era objeto del procedimiento.

No obstante, se da el caso de que, en la misma reunión en la que se constituyó la comunidad aquí demandada, se discutió también acerca de la aprobación de unos estatutos, por lo que dicha comunidad entiende que, a pesar de que en ningún caso habría existido unanimidad al respecto, que tales estatutos fueron aprobados, y son los que han de regir la vida de los vecinos en sus relaciones con la comunidad de propietarios.

Lo hasta aquí relatado no dejaría de ser un conflicto vecinal, sin trascendencia a efectos de derechos fundamentales, si no fuera porque con la excusa del contenido de esos estatutos, los demandados pretenden imponer, de forma obstinada y a veces violenta, la práctica del nudismo a todos los vecinos, de manera que quienes no lo practican no pueden hacer uso de los espacios comunes de la urbanización y, singularmente, de sus piscinas.

Dicho de otro modo, los demandados pretenden, de forma absolutamente insólita, obligar a desnudarse a los propietarios que quieran hacer uso de los espacios comunes de su cotitularidad.

No estamos hablando de un mero debate dialéctico, sino de actos de imposición gravemente atentatorios contra varios derechos fundamentales. Aunque los intentos de imponer el nudismo son anteriores, en la Semana Santa de 2017, los demandados contrataron a una empresa de seguridad, que colocó a varios vigilantes en la entrada al recinto vallado de la piscina, con instrucciones de impedir el acceso a aquellos vecinos que no fueran desnudos, y de expulsar a los que, una vez en el interior, utilizaran el bañador, como así consta en el acta notarial levantada, y que se adjunta con dicho escrito rector del proceso.

Estos actos dieron lugar a multitud de denuncias por parte de los propietarios afectados, que fueron tramitadas como juicio por delitos leves, y en los que finalmente se dictaron sentencias absolutorias, no porque se aprobara la conducta denunciada, sino porque no compareció ninguno de los vigilantes de seguridad, y los denunciados negaron haber dado instrucciones personalmente en ese sentido, quedando, por lo tanto, sin determinar la responsabilidad última de lo sucedido.

Valga de ejemplo el propio contenido de los estatutos, que se pretenden hacer valer, en cuyo artículo 7 se dispone: «Nuestra comunidad nace con una firme vocación naturista-nudista, siendo indispensable la práctica nudista en los elementos comunes de la finca (piscina, jardines, etc.), adoptándose las medidas legales oportunas en caso contrario».

Se aportan, también, varias notas informativas internas dirigidas a los propietarios sobre el uso exclusivo de jardines y piscinas por parte de quienes practiquen el nudismo, que fundan en sendas sentencias judiciales.

Los demandados mantienen un vigilante, en el recinto de la piscina, que hostiga e impide el paso a los demandantes y a los demás vecinos que quieren acceder con bañador, y han dado instrucciones a la socorrista para que los expulse.



El clima creado es, pues, insoportable para los actores y otros muchos vecinos, que son acosados, coaccionados y discriminados, sin más motivo que el no ser practicantes del nudismo. Su residencia de vacaciones ha pasado de ser un lugar de descanso a ser un lugar de sufrimiento.

En la demanda se señala que los hechos relatados suponen la violación de distintos derechos fundamentales:

(i) El derecho a la igualdad y a no sufrir un trato discriminatorio (art. 14 CE). Su lesión resulta patente desde el momento en que los demandados, actuando por la vía de hecho, como gobierno de la comunidad de propietarios, discriminan entre aquellos practicantes del nudismo y los que no lo son, privando a estos últimos del ejercicio legítimo de los derechos que les corresponden como copropietarios de los espacios comunes.

(ii) El derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), en tanto en cuanto los demandados hostigan, coaccionan y discriminan a aquellos que no optan por la práctica del nudismo, en una comunidad de propietarios donde la mayoría de vecinos no comparte tales creencias o hábitos.

(iii) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE), dado que se les impide físicamente el acceso a lugares a los que los propietarios tienen un legítimo derecho a acceder, interponiendo barreras físicas y coactivas para limitar su libertad de movimientos.

(iv) El derecho a la intimidad personal (art 18.1 CE), que incluye entre sus manifestaciones el derecho a la intimidad corporal, toda vez que los demandados pretenden imponer a todos los copropietarios que muestren su cuerpo desnudo públicamente si quieren hacer uso de los servicios comunes.

(v) El derecho a la propia imagen, puesto que todas las demás lesiones van acompañadas de la presencia de cámaras de vídeo vigilancia en el recinto de la piscina.

En el suplico de la demanda se postuló un pronunciamiento judicial consistente en:

«(i) Declarar que las normas, instrucciones o actuaciones de hecho llevadas a cabo por los demandados para impedir o perturbar a mis representados el acceso a las piscinas y demás espacios comunes de la Urbanización denominada " DIRECCION000 " por el hecho de no practicar el nudismo, lesionan sus derechos fundamentales a la Igualdad, a la Libertad ideológica, a la Libertad y a la Intimidad y a la propia imagen.

»(ii) Declarar radicalmente nulas cualesquiera normas, instrucciones o directrices emitidas por los demandados que tengan por objeto impedir o perturbar el derecho de mis representados a acceder a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

»(iii) Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y abstenerse de realizar cualesquiera actos que limiten o perturben el derecho de acceso a acceder a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

»(iv) Condenar solidariamente a los demandados a indemnizar a mis representados por la lesión de sus derechos fundamentales con la suma de mil euros a cada uno de ellos».

3º.- El proceso en primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén, que la tramitó por los cauces del juicio ordinario 1003/2018.

En la contestación de la demanda se sostuvo que la cuestión controvertida del nudismo, en las zonas comunes, ha sido zanjada por distintos tribunales ya que, desde el año 2010, han coexistido dos comunidades de propietarios dentro de la misma urbanización. A saber, la comunidad DIRECCION000 y la comunidad textil AVENIDA000 , NUM000 .

Tras más de seis años de conflicto, en el que ha sido imputado el administrador de la comunidad AVENIDA000 , NUM000 y varios miembros de su Junta Directiva (entre los que se encuentran los demandantes), ha resultado vencedora la comunidad DIRECCION000 Así, en fecha 30 de junio de 2016, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Vera dicta sentencia en la que se reconoce a DIRECCION000 como comunidad legítima, con declaración de la nulidad y disolución de la autodenominada comunidad de propietarios de la AVENIDA000 , nº NUM000 .

Esta resolución fue confirmada por otra de la Audiencia Provincial de Almería en la sentencia 142/2018, de 6 de marzo.

Finalmente, por auto de fecha 5 de septiembre de 2018, dictado en los autos 343/2018, se ha acordado la ejecución provisional de la sentencia dictada en el procedimiento 1497/2010, requiriendo a la comunidad de propietarios de la AVENIDA000 NUM000 para que, en el plazo de dos meses, procediese a su disolución.



En fecha 10 de noviembre de 2016, se celebró junta general extraordinaria en la que, entre otros puntos, se adoptó el acuerdo de que, con carácter temporal y mientras se resolvía en la Audiencia Provincial de Almería el pleito principal entre las dos comunidades, fuese la comunidad de propietarios DIRECCION000 la que se ocupase de todo lo referente a los asuntos de la comunidad, su administración y su personal, al ostentar, tras la sentencia en primera instancia, un mejor derecho, así como al contar con la aprobación por la mayoría de votos presentes y representados.

Se alegó la cosa juzgada, habida cuenta que la sentencia de 30 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vera (Almería) falló a favor de la comunidad de propietarios DIRECCION000, pronunciándose sobre la Junta General de 9 de junio y de 7 de agosto de 2010, declarando legales los estatutos naturistas. Asimismo, esta sentencia ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Almería, y ejecutada provisionalmente por el Juzgado de Vera.

Pretenden los demandantes, se razona, iniciar un litigio sobre la misma cuestión, pues lo que realmente discuten los demandantes es si la comunidad de propietarios DIRECCION000 es naturista a través de otro cauce procesal, usando el ordenamiento jurídico y los tribunales para servir a sus intereses particulares.

Se señala, también, que las supuestas coacciones fueron objeto de sentencias absolutorias que se aportan.

Se opuso la existencia de una cuestión prejudicial penal dado que, en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Vera, se tramitaba una denuncia interpuesta por la comunidad de propietarios DIRECCION000, por delitos de incitación al odio, asociación ilícita, desobediencia grave a la autoridad, denuncia falsa y simulación de delito contra, entre otros, D.ª Eloisa, D. Valeriano y D. Jose Manuel, demandantes en este proceso.

Se argumentó que la zona, en la que se encuentre la DIRECCION000, goza de un gran predicamento entre la comunidad nudista-naturista de toda Europa desde hace lustros. Varias zonas de la playa tienen esta orientación, las comunidades de vecinos y urbanizaciones respetan, acogen y fomentan el naturismo, y existen hoteles, restaurantes y chiringuitos que, desde hace muchos años, permiten estas prácticas, así como por parte de todos los vecinos, instituciones y administraciones. La convivencia y la armonía han existido siempre, hasta el día de hoy.

Por otra parte, se opuso que no ha existido un impedimento fáctico de acceso al recinto, por lo que no ha podido haber daño efectivo y real a ningún derecho fundamental de los demandantes. Y se alega que no ha habido ni prohibición ni coacción sobre el acceso a la piscina con la multitud de sentencias aportadas. Llama la atención de que se habla de una indemnización simbólica, y ello es así porque no se pueden probar los daños morales, ya que no se han causado.

Se opone que los actores, pese a haber asistido y tener constancia de las juntas de la comunidad de propietarios DIRECCION000 de 9 de junio y 7 agosto de 2010 (junta en la que se aprobaron los Estatutos), no los hayan impugnado por la vía del art. 18.3 de la LPH. Así consta, expresamente, en la sentencia de instancia y en la de la Audiencia Provincial de Almería (documentos n.º 1 y 2), cuando se señala que «a la tan mentada Junta acudió la hoy representante de la Comunidad demandada, y lo cierto es que esos acuerdos no fueron objeto de impugnación».

Por todo ello, se insta a la actora para que impugne los estatutos según lo dispuesto en la LPH, o que siga los cauces establecidos para su modificación en junta de propietarios. Ahora bien, comoquiera que los actores nunca han impugnado los estatutos no pueden pretender ahora cuestionar su validez. Es, por lo tanto, un atentado a la buena fe y a la seguridad jurídica discutir su eficacia.

Se añadió, también, que los hechos documentados de la prohibición del paso, constatada en el acta notarial aportada con la demanda como documento

n.º 13, afectó, en su momento, a todos los bañistas, tanto textiles como nudistas, porque en ese momento existía un altercado que ponía en riesgo la seguridad de los propietarios.

4º.- La sentencia de primera instancia

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén, que desestimó la demanda. Para ello, descartó la existencia de cosa juzgada, de cuestión prejudicial penal, de la falta de competencia territorial, así como la inexistencia de la legitimación activa de los demandantes.

En cuanto al fondo, rechazó la acción deducida, toda vez por resolución judicial se acordó la válida constitución de la comunidad de propietarios demandada, declarando legales los estatutos aprobados en juntas de propietarios de 9 de junio y 7 de agosto de 2010, sentencia que no es firme, pero que se debe tener en cuenta a la hora de decidir el presente litigio.



En el art. 7 de los estatutos aprobados consta como obligaciones de los comuneros que, para que puedan hacer uso de los elementos comunes tales como jardines o piscina, es indispensable la práctica del nudismo, por lo que la demandada está en su derecho de exigir el respeto de dicha norma.

Es cuestión distinta que la misma sea inconstitucional o contraria a la Ley; pero ello no puede ser objeto de esta resolución, puesto que, en ningún caso, se ha impugnado dicha norma estatutaria.

En virtud de dicho conjunto argumental, no cabe otra cosa que la desestimación de la demanda en su integridad.

5º.- El proceso en segunda instancia.

Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de apelación.

En el recurso se alegó que no existían los precitados estatutos ya que, en los acuerdos adoptados por las juntas de propietarios de 9 de junio y 7 de agosto de 2010, no habían sido aprobados con los requisitos legales. En cualquier caso, serían nulos por vulneración del art. 6.3 del CC, así como suponen una infracción de los derechos fundamentales de los arts. 14, 16, 17 y 18 CE.

Su conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que dictó sentencia 855/2021, de 21 de julio, en la que confirmó la pronunciada por el juzgado.

En dicha resolución, el tribunal provincial descartó la vulneración de los derechos fundamentales en los que se basaba la apelación.

En cuanto al derecho a la intimidad, porque no se impone el nudismo, sino que simplemente se prohíbe el acceso a zonas comunes en las que se practica. Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, aun considerando a efectos meramente hipotéticos, que se graben imágenes de los recintos comunitarios, no se encuentra probado que hayan sido objeto de difusión, y la presencia de cámaras de vídeo-vigilancia fue objeto de aprobación expresa en reunión comunitaria de 7 de agosto de 2015, cumpliéndose el requisito del art. 17.3 LPH. En lo concerniente a la lesión del derecho del art. 16 CE, puesto que la parte demandada no pretende limitar o coartar el pensamiento u opinión que tengan los actores sobre el nudismo.

En lo relativo a la lesión del derecho a la igualdad, se tiene en cuenta que no es objeto del proceso la impugnación de la validez de las normas estatutarias, y entre ellas, el artículo 7 proclama como «indispensable la práctica nudista en los elementos comunes de la finca (piscina, jardines, etc.)». Se trata de una norma que no restringe la utilización de la piscina, sino la forma de vestir (o, por mejor decir, de no vestir) a la hora de acceder a dicho espacio y permanecer en el mismo, y lo hace de forma uniforme, esto es, sin distinción alguna, para todos y cada uno de los integrantes de la comunidad.

Concluye el tribunal provincial:

«Y tampoco se aprecia infracción alguna de la libertad personal, pues la expresada una norma estatutaria ni siquiera restringe el uso de las zonas comunes, sino que impone la forma (practicando el nudismo) de su utilización. Son más que frecuentes, e incluso generalizadas, en aquellos bloques de pisos y urbanizaciones que cuentan con piscina, las disposiciones internas (estatutos o normas de régimen interior) de sus comunidades de propietarios que limitan o restringen el acceso y utilización de aquélla, por ejemplo, en materia de horarios. Y si la norma que nos ocupa puede resultar singular o anómala por su particularidad, no lo es tanto en la localidad almeriense donde aquélla radica.

»De otro lado, la mencionada norma estatutaria no resultó impugnada por los actores en su día. Así lo resalta expresamente la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vera de 30 de junio de 2016 -procedimiento ordinario nº 1497/2010-, confirmada por la Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 16 de marzo de 2018. Y por documento obrante en este rollo de apelación, el recurso de casación pretendido contra la misma fue inadmitido (ATS de 16 de septiembre de 2020).

»Se despliegan en el presente procedimiento, en consecuencia, los efectos de cosa juzgada positiva, en su sentido material, contemplado en el artículo 222.4 de la LEC».

6º.- Recursos extraordinarios

Contra dicha sentencia se interpusieron por los demandantes recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal

El primer motivo, se interpone al amparo del artículo 469.1.2.º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia). Se denuncia la infracción del art. 218.1 de la LEC, por no resolver la sentencia



dictada por la audiencia todos los puntos y cuestiones planteados en el recurso de apelación (incongruencia omisiva).

El segundo motivo, se formula al amparo del artículo 469.1.2.º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia). Se denuncia la

infracción del art. 218.2 de la LEC, por falta de motivación de la sentencia dictada por la Audiencia, en relación con el motivo primero del recurso de apelación.

El tercer motivo, se fundamenta al amparo del artículo 469.1.4.º LEC. Se denuncia la infracción del artículo 24 CE, por error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida, con resultado de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Incongruencia omisiva

En el desarrollo de este motivo se sostiene que la audiencia no resolvió sobre todos los motivos del recurso de apelación, al no dar respuesta a las cuestiones planteadas sobre la existencia de los estatutos comunitarios, que imponían la práctica del nudismo para disfrutar de determinados elementos comunes. Se solicitó se abordara tal cuestión mediante la correspondiente petición de aclaración y complemento de la sentencia que fue desestimada.

El art. 218.1 de la LEC, considerado como infringido en el recurso, norma que:

«[...] las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

Como hemos declarado, en múltiples ocasiones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de

26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo y 509/2022, de 28 de junio, entre otras muchas).

En consecuencia, una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al

margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo y 509/2022, de 28 de junio, entre otras muchas).

Por otro lado, como señala la sentencia 77/2021, de 15 de febrero, difícilmente cabe hablar de incongruencia en los casos de sentencia absolutoria:

«[...] de acuerdo con la doctrina de la sala, "las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003; 21 de marzo 2007; 16 de enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008)».

Pues bien, se queja el recurrente de que la sentencia del tribunal provincial es incongruente, al no resolver el motivo de apelación relativo al error en la valoración de la prueba sobre la existencia de los estatutos comunitarios. No podemos compartir tal argumento, puesto que la audiencia consideró que la norma estatutaria existe, que fue aprobada en acta de la junta de propietarios y no impugnada en su día, como así deduce de las sentencias de 30 de junio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vera, confirmada por la Audiencia Provincial de Almería. Se consideran, incluso, desplegados los efectos de la cosa juzgada positiva. Con base en el art. 7 de los estatutos la Audiencia de Jaén estima que no se vulneraron los derechos fundamentales en cuya infracción se fundamenta la demanda.



Es obvio, por ello, que tal cuestión fue resuelta, y la sentencia no incurrió en la denunciada incongruencia al desestimar la acción deducida en la demanda. Cosa distinta es si se incurrió en un error valorativo del material fáctico, lo que conforma motivo distinto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto.

CUARTO.- Falta de motivación de la sentencia

Este segundo motivo se funda en la falta de motivación del rechazo de la excepción de inexistencia de estatutos comunitarios debidamente aprobados. Se argumenta que, para el caso de que se razonara que no existe incongruencia en las sentencias absolutorias, la desestimación de dicho causal de apelación carecería de explícita motivación, en tanto en cuanto no se explicaron las razones por mor de las cuales se desestimó la alegación de error en la valoración de la prueba sobre tan trascendente cuestión, que devino en condicionante del fallo recurrido.

Nos hemos manifestado en el sentido de que se vulnera el deber de motivación, elevado a rango constitucional por el art. 120.3 CE, cuando no existe

-carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, o se encuentra desconectado con la realidad de lo actuado, o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (sentencias 180/2011, de 17 de marzo; 706/2021, de 19 de octubre, 899/2021, de 21 de diciembre y 991/2022, de 21 de diciembre).

Por otra parte, hemos dicho, también, en las sentencias de esta Sala 283/2008, de 5 abril; 577/2011, de 20 julio; 277/2016, de 25 de abril; 430/2020, de 15 de julio; 364/2022, de 4 de mayo o 570/2022, de 18 de julio, entre otras, que:

«[...] cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva [...] la motivación desacertada habrá de ser combatida a través de los oportunos motivos de casación puesto que la propia posibilidad de calificación sobre su desacierto pone de manifiesto que la motivación existió ...».

En el caso presente, no concurre tampoco tal motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, toda vez que, de la lectura de la sentencia del tribunal provincial, cuya síntesis antes se expuso, es perfectamente factible conocer cuál es la justificación causal del fallo, al expresar el conjunto de razones de hecho y de derecho, que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes. En efecto, la sentencia parte de la base de que existen los estatutos al reputarlos aprobados en las juntas comunitarias y deducirse así de los procesos judiciales seguidos al respecto.

QUINTO.- Error patente y manifiesto en la valoración de la prueba

5.1 .- Fundamento del recurso

En este último motivo por infracción procesal se sostiene que se produjo un error de tal clase, pues de la lectura de las actas de la comunidad y de las sentencias invocadas por el tribunal provincial, no resulta la aprobación estatutaria de la que parte la sentencia recurrida.

Los actores siempre sostuvieron que no había estatutos, dado que no se habían sido legalmente aprobados, ni tan siquiera existe, en el acta 7 de agosto de 2010, un acuerdo de tal clase, que exige, por otra parte, la unanimidad.

5.2 .- El error valorativo de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal

El error en la valoración de la prueba no es fiscalizable por parte de este Sala a través de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal.

El primero de ellos, ya que se construye sobre el respeto a los hechos probados fijados por la Audiencia, y se fundamenta en la vulneración de una norma de derecho material o sustantivo; mientras que el segundo no contempla, dentro de los supuestos tasados en que cabe interponer dicho recurso, el error valorativo de las pruebas (art. 469.1 LEC).

No obstante, este tribunal, por elementales exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE, que impone sea respetado el canon de la racionalidad en la fundamentación de las decisiones judiciales, vedando las que sean arbitrarias, absurdas, ilógicas o patentemente erróneas, puede controlar la valoración probatoria de las sentencias dictadas por los tribunales provinciales, cuando incurran en los precitados defectos valorativos con base en el art. 469.1.4.º LEC.



En este sentido, nos manifestamos en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, cuya doctrina reiteran las sentencias 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre y 847/2022, de 28 de noviembre, entre otras muchas, al señalar que:

«[...] de forma excepcional, se admite el control del material fáctico del proceso en los específicos supuestos de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la apreciación probatoria, o por la concreta infracción de una norma legal tasada de valoración de la prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no se supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución (sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo; 7/2020, de 8 de enero, 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 141/2021, de 15 de marzo y 456/2021, de 28 de junio, entre otras muchas)».

Constituye igualmente doctrina jurisprudencial la que sostiene que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a los efectos del art. 469.1.4.º LEC, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error material o de hecho; es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea

patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con la circunstancia de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras).

5.3 .- Los concretos documentos en los que se funda el error patente, motivo del recurso interpuesto

Pues bien, en este caso, el error se fundamenta en el argumento relativo a que de las actas de la comunidad de propietarios de 9 de junio y 7 de agosto de 2010, así como de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vera, de 30 de junio de 2016, posteriormente confirmada por otra de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de marzo de 2018, contra la cual no se admitieron los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos, no resulta que los estatutos comunitarios fueran aprobados.

Para determinar si existe o no el mentado error patente y manifiesto en la valoración de dichas pruebas documentales, que fueron determinantes para la adopción de la decisión tomada por la sentencia recurrida, debemos analizar su contenido y, por consiguiente, si se incurrió en la equivocación denunciada.

(i) En el acta de la junta ordinaria de 9 de junio de 2010 figuraba un punto segundo del orden del día, concerniente a la aprobación de los estatutos, y como anexo figuraban estos. Pues bien, de su lectura resulta:

Dentro de las disposiciones generales, concretamente en el art. 1, que

«[...] se constituye la comunidad de propietarios DIRECCION000 , al amparo de lo que se prevé en el art. 396 del Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y en las leyes 2/88, de 23 de febrero y 8/99 de reforma de la anterior y por los presentes estatutos y demás disposiciones legales aplicables».

En el art. 6, bajo el título «Derechos de los miembros de la Comunidad», consta un apartado f), que señala: «Esta Comunidad de Propietarios es Naturista- Nudista, lo cual implica el derecho inalienable a la práctica del nudismo en cada una de las zonas comunes de la misma, tales como jardines y piscina, etc.».

En el art. 7, bajo el epígrafe: «Obligaciones de los miembros de la Comunidad», consta un apartado a), que literalmente transcrito dice: «Nuestra comunidad nace con una firme vocación Naturista-Nudista, siendo indispensable la práctica nudista en los comunes de la Finca (piscina, jardines etc.), adaptándose las medidas legales oportunas en caso contrario».

Por último, el art. 16, denominado: «Del uso y mantenimiento de la piscina» precisa, en su apartado a): «la piscina será de uso exclusivo nudista».

En dicha acta consta que se aprueban por unanimidad los estatutos que regirán esta comunidad y su anexo transcritos al final de esta acta.

(ii) El 7 de agosto de 2010, se vuelve a celebrar una nueva junta general ordinaria, en la que figura, como segundo punto del día, la «lectura y aprobación o convalidación, si procede, de las actuaciones realizadas el 09/06/10 del presente año, donde se llevó a cabo la constitución de la Comunidad de Propietarios n.º NUM000 ». Igualmente, figuraba un punto 8, relativo a «desarrollo de los estatutos respecto al uso de los espacios comunes (utilización y horario de piscinas, animales domésticos, plantas etc.)».

En dicha acta consta, en lo que ahora nos interesa:



«Por otra parte la Sra. Presidenta manifiesta que la convocatoria se ha remitido a los propietarios por medio de los Constructores, y que la Comunidad solo redactó el Orden del Día sellando 500 sobres, siendo escritas en los sobres las direcciones por la Empresa Constructora, así como enviadas por la misma».

Acto seguido, interviene la propietaria del apartamento NUM001, que expone que, tras las diferencias entre los comuneros, todos tienen un solo frente común, y es la empresa constructora que firmaron un contrato que incumplieron, así como que no tenemos, ni podemos escriturar nuestras propiedades por no existir propiedad horizontal, con una anotación preventiva de la demanda promovida sobre la titularidad de los terrenos contra los constructores, aconsejando que corroboraran tal situación y se asesorasen con un abogado.

Tras dicha información consta en acta lo siguiente:

«A partir de esa pionera intervención se inició un amplio debate que se ve interrumpido por un grupo de personas que sin identificarse como propietarios impiden que la asamblea siga desarrollándose por cauces normales, coreando y voceando ..."Comisión..." "Comisión".

»La Sra. Presidenta explica que la Comunidad está creada y que no se puede contemplar la figura de "Comisión"; invitando a los vociferantes a votar ... nuevos cargos cuando llegue ese punto del orden del día, punto 9. El barrullo, griterío e intervenciones sin turno de palabra, se convierte en un espectáculo lamentable donde se hizo imposible tomar ningún acuerdo, impidiendo por un grupo que se votase el punto 2 del orden del día, habiendo una gran mayoría que gritaba SI estar de acuerdo en lo realizado en la Junta fundacional del 9/6/10. A consecuencia de esta minoría que vociferaba frases despectivas hacia la presidenta resulta imposible llevar a cabo el recuento final, aunque presumiendo una mayoría aplastante a favor de las decisiones tomadas en la Junta fundacional del 9/6/2010».

(iii) El proceso, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vera, por los cauces del juicio ordinario 1497/2010, de 30 de junio, finalizó por sentencia de 30 de junio de 2016. La demanda fue promovida por D.ª Evangelina y D.ª Silvia, designadas presidenta y vicepresidenta de la comunidad de propietarios DIRECCION000, contra la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000, NUM000.

Pues bien, en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, se delimita el objeto del proceso, en los términos literales siguientes:

«La demanda interpuesta en este proceso tiene por objeto que se declare la nulidad de todos y cada uno de los acuerdos adoptados con fecha de 28 de agosto de 2010 por la Comunidad de Propietarios AVENIDA000, NUM000, y que por consiguiente, se acuerde la nulidad, disolución e inexistencia de dicha comunidad.

»La parte demandada se opone a su estimación, formulando por su parte demanda reconvenzional, interesando que se declare la nulidad de pleno derecho de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, así como todas las actuaciones y acuerdos adoptados ilegalmente por la misma; y que se declare que la Comunidad de Propietarios AVENIDA000, NUM000, es la única constituida legalmente y por tanto, válidas y conforme a derecho sus actuaciones y acuerdos.

»A la estimación de dicha demanda reconvenzional se oponen las demás partes.

»Por tanto, a la vista de lo interesado en la demanda y en la demanda reconvenzional, lo que se trata de determinar en el presente procedimiento es si las Comunidades de Propietarios se constituyeron cumpliendo los requisitos legalmente exigidos, es decir, si los acuerdos adoptados sobre su constitución son válidos y, en su caso, cuál se constituyó primero».

Pues bien, la referida sentencia parte de base de que no se demostró la válida constitución de la junta de propietarios de 9 de junio de 2010, con el razonamiento siguiente:

«[...] no habiendo prueba acreditativa de que la Junta se convocó tal y como prevé el art. 9 LPH y teniendo en cuenta el escaso número de asistentes, ha de tenerse como cierto que no se realizaron las citaciones según lo previsto legalmente, pudiendo haber sido probado aportando las cartas que se enviaron o, incluso, a través de las testificales de otros propietarios».

Y continúa su argumentación:

«No obstante lo anterior, en fecha de 12 de julio de 2010 se convocó a los propietarios a la Junta General Constituyente de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 ", asistiendo a la misma en fecha de 7 de agosto de 2010 más de 130 propietarios según prueba documental obrante en autos, unos 200 según refieren las demandantes/demandadas reconvenzionales y los testigos Casiano y Celso. Así, como orden del día de la citada Junta, en el número 2, se dispone "Lectura y aprobación o convalidación, si procede, de las actuaciones realizadas el 09 de junio del presente año, donde se inició la constitución de la Comunidad de Propietarios". Por tanto, y aun no habiéndose acreditado que las citaciones a todos los propietarios se

realizaron fehacientemente, dado el número de asistentes ha de considerarse que en este caso sí se efectuaron conforme a lo exigido, habiendo referido la legal representante de la demanda/demandante reconvenional que recibieron el escrito del Sr. Casiano convocándoles para constituir la Comunidad, y que asistió a la reunión del día 7 de agosto.

»Vista la Junta de Propietarios de fecha 7 de agosto, y el punto del orden del día referido, y ante la falta de acreditación de impugnación de los acuerdos adoptados (no se ha probado que el acuerdo de constitución de la comunidad haya sido impugnado, ni en la Junta del día 9 de junio (aunque se considera que dicho acuerdo no es válido por no haber sido citados los propietarios en legal forma) ni en la Junta del día 7 de agosto donde, estando presentes más de 130 propietarios (válida la segunda convocatoria, no necesitando mayoría según artículo 16.2 LPH-) no existe constancia de la impugnación en ésta de lo acordado en la anterior y convalidado en la misma. En efecto, y tal y como dispone el artículo 17.1 LPH ha de considerarse que existió unanimidad de los presentes, contando con el voto favorable de los ausentes que fueron citados conforme al artículo 9 LPH, y no habiendo constancia de que hayan mostrado discrepancia, una vez informados del acuerdo mediante colocación por Notario de los acuerdos adoptados en lugar visible de uso general -la demandada manifiesta que vio documentos en el edificio pero no los miró-".

»Por lo tanto, examinada la validez de los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios de 7 de agosto de 2010, su no impugnación, así como tampoco de lo acordado en Junta de fecha 9 de junio de 2010, teniendo los propietarios constancia de los mismos, ha de considerarse que la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 fue constituida conforme a lo exigido legalmente.

»SEGUNDO. Visto lo anterior, y dado que se entiende que la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 se considera preciso entrar a valorar si esta última fue constituida en legal forma, dado que no pueden coexistir dos comunidades en una misma propiedad horizontal entendiéndose asimismo que no estamos en presencia de una Subcomunidad, por haberlo así reconocido la propia parte demandada/demandante reconvenional.

»Asimismo, y dado que la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 , NUM000 no debería haber sido siquiera constituida, ha de declararse la nulidad de los acuerdos adoptados con fecha 28 de agosto de 2010, y acordarse la nulidad y disolución de la misma».

En el fallo de la sentencia consta:

«QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Baena Extremera, en nombre y representación de DÑA. Evangelina y DÑA. Silvia frente a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA000 , NUM000 , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Aravaca, por lo que debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de los acuerdos adoptados con

fecha 28 de agosto de 2010, y la nulidad y disolución de la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 , NUM000 .

QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda reconvenional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Aravaca, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA000 , NUM000 frente a la DÑA. Evangelina y DÑA. Silvia y la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Baena Extremera, por lo que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra».

(iv) *La sentencia de apelación.*

Contra la referida sentencia se interpuso el correspondiente recurso de apelación por la parte demandada, que fue resuelto por la sentencia 142/2018, de 6 de marzo, de la Audiencia Provincial de Almería.

Pues bien, el tribunal provincial delimita, de nuevo, el objeto del proceso, y lo hace en los términos siguientes:

«Analizaremos el primero de los de los motivos de impugnación, conviene previamente señalar lo que la propia sentencia combatida fija como objeto del litigio que nos ocupa, siendo aceptado por las partes en conflicto, así lo expresa con el siguiente tenor literal: " *Por tanto, a la vista de lo interesado en la demanda y en la demanda reconvenional, lo que se trata de determinar en el presente procedimiento es si las Comunidades de Propietarios se constituyeron cumpliendo los requisitos legalmente exigidos, es decir, si los acuerdos adoptados sobre su constitución son válidos y, en su caso, cuál se constituyó en primer lugar.*", habrá que colegir que el fallo se ajusta lo pretendido, declara la nulidad y disolución de una de las comunidades lo que conlleva la declaración de que la otra fue constituida con arreglo a derecho».

Más adelante con respecto al argumento de la falta de la unanimidad para la constitución de la comunidad señala:

«Para poner en marcha una Comunidad solamente tienen que convocar la Junta de propietarios, poniéndose de acuerdo el menos una cuarta parte de los vecinos que a su vez ostenten la cuarta parte del total de coeficientes,



diligenciar un libro de actas para inscribir en el ya esa primera junta, así como pedir a la Agencia Tributaria que le asigne un CIF a la Comunidad necesario para contratar, abrir cuentas bancarias, etc. En efecto, esa es la realidad de los hechos por más que ahora la demandada quiera examinar la regularidad de la convocatoria, la Junta de 7 de agosto de 2010 no fue impugnada y valido los actos de la anterior, por eso cuentan con un CIF (folio 11). Por otra parte, para la adopción de acuerdos de los referidos acuerdos no se exige unanimidad, la demandada añade confusión porque pretende que la constitución de la Comunidad de Propietarios pertenece al título constitutivo, por lo que también exigiría unanimidad de los comuneros. La Junta celebrada el 7 de agosto, que además valido los acuerdos de la del 9 de junio, lo que hizo fue dar formalidad a la Comunidad (art. 13 LPH). Se hizo algo que no pertenece al título constitutivo, cuya puesta en funcionamiento no se fija por la ley para un momento determinado, ya que se puede constituir en cualquier momento. Por otra parte nada impide que los comuneros convoquen Junta de Propietarios para dar andadura a la Comunidad, que al no formar parte del título constitutivo no requiere la unanimidad, la misma línea que señala la STS de 8-11-2017 en un caso análogo: " Si lo expuesto se aplica al caso aquí enjuiciado, se aprecia que no se crea el título constitutivo, ya creado con los requisitos de los apartados primero y segundo del art. 5 LPH , no se crean normas estatutarias y no se adoptan acuerdos que modifiquen aquél. Sólo y exclusivamente se pone en funcionamiento los órganos de gobierno, conforme a las previsiones del art. 13 LPH , bien entendido que ni para convocar Junta de Propietarios, sea lo inicial o los siguientes, o para los nombramientos se exige la unanimidad. Si convocada la Junta, los acuerdos que se adopten en ella son o no susceptibles de impugnación es cuestión diferente. Aquí solo se trata, como sostiene la sentencia recurrida, de dar vida al funcionamiento de los órganos de gobierno de una Comunidad de gobierno de una Comunidad en la que, por su singularidad, hubo desidia hasta ese momento." No se constata error en la valoración de la prueba, los argumentos que articula el recurrente no desvirtúan los ofrecidos la Juez " a quo", en una valoración que no podemos tachar de ilógica o arbitraria, por lo que debe ser respetada en esta alzada. A la vista de todas las consideraciones ya expuestas, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto».

Contra dicha resolución se formula aclaración/complemento, que es desestimado por auto de 13 de marzo de 2018 del tribunal provincial, en el que se determina, de nuevo, cuál fue el objeto del proceso, en su fundamento de derecho segundo, en los términos siguientes:

«La sentencia dictada recoge cual fue el objeto del proceso en la instancia, hecho este admitido por las partes y así lo expresa con el siguiente tenor literal: " Por tanto, a la vista de lo interesado en la demanda y en la demanda reconventional, lo que se trata de determinar en el presente procedimiento es si las Comunidades de Propietarios se constituyeron cumpliendo los requisitos legalmente exigidos, es decir, si los acuerdos adoptados sobre su constitución son válidos y, en su caso, cuál se constituyó en primer lugar." La recurrente pretende, vía aclaración y complemento, modificar el contenido de la sentencia».

Y se añade más adelante:

«[...] la sentencia resuelve el objeto de la litis, cuál de las dos comunidades se constituyó primero y si su acuerdo de constitución es válido, ratificando lo resuelto en la instancia, por lo que no ha lugar a aclaración ni complemento alguno».

(v) En el auto de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020, en recurso 2386/2018, consta como el motivo de casación se fundaba en la infracción del art. 17.1 LPH, según redacción vigente en agosto de 2010, que exigiría la unanimidad de comuneros para la aprobación o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal o de los estatutos de la comunidad, al considerar que la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial infringiría este precepto, en contradicción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita.

Pues bien, en el fundamento de derecho segundo del precitado auto, se inadmitió el recurso de casación con el argumento siguiente:

«[...] la junta de 7 de agosto, que validó los acuerdos de la de 9 de junio, se realizó algo que no pertenece al título constitutivo, sino tan solo la puesta en marcha o funcionamiento de la comunidad de propietarios, para lo que no se requiere unanimidad.

»En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. En el presente caso el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose

del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos y eludiendo, en definitiva, la razón decisoria o "ratio decidendi" de la sentencia impugnada».

5.4 .- Conclusiones de lo expuesto

De lo expuesto, tal y como consta de la prueba documental obrante en autos, consistente en sentencia de 30 de junio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vera; sentencia 142/2018, de 6 de marzo, de la sección primera de la Audiencia Provincial de Almería; así como auto aclaratorio de 13 de marzo de 2018, y ulterior auto de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020, el objeto de los procedimientos judiciales a que dieron lugar dichas resoluciones versó, exclusivamente, sobre la válida constitución de la comunidad de propietarios demandada, así como la improcedente constitución ulterior de la comunidad de propietarios de la AVENIDA000 . No se decidió, en dichas resoluciones judiciales, sobre los estatutos comunitarios.

Tampoco consta, en el acta de 7 de agosto de 2010, ningún acuerdo expreso sobre la aprobación de los estatutos, para lo que se requería unanimidad (art. 17.1 LPH, actual art. 17.6).

Es más, de la lectura de dicha acta, consta, por el contrario, la imposibilidad material de adoptar acuerdo alguno, con lo que difícilmente puede operar el último párrafo del precitado art. 17.1 LPH (actual art. 17.8), sobre el cómputo como votos favorables de los propietarios ausentes de la Junta, si no resulta del acta la aprobación estatutaria.

Por otra parte, si algo consta de dicha acta de 7 de agosto de 2010, es que no existió unanimidad.

5.5 .- La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Jaén.

La sentencia parte de la base de la vigencia de los estatutos, y, por lo tanto, de su art. 7, que proclama como indispensable la práctica nudista en los elementos comunes de la finca (piscina, jardines etc), y con fundamento en tal norma resuelve que no se ha atentado contra los derechos fundamentales de los actores. Argumenta que dicha norma estatutaria no resultó impugnada, por lo que se producen los efectos de la cosa juzgada positiva.

Tal conclusión fáctica conforma un evidente error, de fácil constatación documental, pues primero no resulta de la literalidad del acta de 7 de agosto de 2010, que fueran votados los estatutos, sino que, por el contrario, lo que consta es la imposibilidad de tomar un acuerdo de tal clase. El acta señala al respecto:

«El barrullo, griterío e intervenciones sin turno de palabra, se convierte en un espectáculo lamentable donde se hizo imposible tomar ningún acuerdo, impidiendo por un grupo que se votase el punto 2 del orden del día», que era precisamente el concerniente a la ratificación del acta de 9 de junio de 2010. Por otra parte, de ninguna manera resultaba la unanimidad requerida. Tampoco cabía formar la mayoría mediante el cómputo como favorable del voto de los ausentes por falta de oposición a una decisión no adoptada.

Tampoco tal cuestión fue tratada en las resoluciones judiciales en las que se funda el tribunal provincial, puesto que, como se explicó detenidamente, su objeto quedó circunscrito a la determinación de cuál de las dos comunidades se constituyó antes conforme a derecho, declarándose la nulidad de la denominada comunidad de la AVENIDA000 nº NUM000 , pues no pueden coexistir dos comunidades sobre la misma urbanización a la vez para regir las relaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal.

Lo que sí se estimó es que la demandada comunidad DIRECCION000 se constituyó con antelación, para lo que se no se exige unanimidad, en pronunciamiento este último que sí alcanzó firmeza, y que, por lo tanto, vincula con eficacia de cosa juzgada.

5.6 .- Consecuencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a la Disposición final decimosexta de la LEC 1/2000, en su regla 7.ª:

«Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará

nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia».

SEXTO.- Estimación del recurso de casación y asunción de la instancia

Como hemos visto el recurso se fundamenta en la infracción de los derechos fundamentales de los actores por actos y carteles por los que se les veda el uso de los elementos comunes del inmueble (piscina, jardines), siempre que no practiquen el nudismo.



En la Ley de Propiedad Horizontal confluye el derecho singular y exclusivo de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y la copropiedad, conjuntamente con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, con la fijación de una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo, que opera de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad (art. 3 LPH y 396 CC).

Este complejo régimen jurídico determina un haz de relaciones del que dimanar una serie de derechos y obligaciones que, en caso de ser desconocidos, engendran el planteamiento legítimo de acciones judiciales.

En esta ocasión, los demandantes se quejan de que no se les permite el disfrute de los elementos comunes de los que son cotitulares, que no se les deja acceder a ellos, con lo que se vulnera el derecho de igualdad (art. 14 CE), así como supone una discriminación por razón de sus ideas y pensamientos (art. 16 CE), atenta a su libertad de movimientos (art. 17 CE) y a su derecho a la intimidad (art. 18 CE).

Se aportaron como prueba documental carteles de prohibición de paso y consta la contratación de empleados de seguridad por la demandada a los efectos de impedir el acceso a dichos elementos.

Una cosa es una sentencia absolutoria penal, en un ámbito jurisdiccional en el que rigen criterios divergentes de valoración probatoria, y otra cosa la correspondiente a la esfera civil. En cualquier caso, en las resoluciones penales se parte de la base de que se impidió el paso a bañistas, con lo que tal circunstancia conectada con los carteles y posición de la entidad demandada permite fácilmente concluir que a los demandantes se les ha impedido el acceso a servicios comunes como vienen sosteniendo.

Así lo entendió, además, el juez de primera instancia cuando hace constar: «Dicho lo cual, es cierto, y así se acredita, y lo que es más importante, no se niega por la parte demandada, que ésta niega o dificulta a los integrantes de la Comunidad de propietarios textil, de la que la forman parte los demandantes, el uso de elementos comunes, como la piscina, si hacen uso de prendas de vestir, como son los bañadores» (fundamento de derecho tercero de su sentencia). Valoración probatoria que no refuta la Audiencia, ni fue motivo de apelación.

Las sentencias recurridas fundan su resolución en que existen unos estatutos comunitarios, aprobados por unanimidad, que exigen el nudismo para disfrutar de los referidos elementos comunes, pero hemos visto que es un error patente considerar que tales estatutos existen y que fueron refrendados por acuerdo comunitario.

En efecto, la simple lectura de las actas de la comunidad demuestra con evidencia que dichos estatutos no fueron aprobados, y las sentencias invocadas delimitaron su objeto de la manera antes reseñada, sin decretar la validez y vigencia de aquéllos, lo que ni tan siquiera era objeto de debate.

En la tesis propuesta, la imposición del nudismo implica una lesión de los precitados derechos fundamentales, lo que determina que el recurso deba ser estimado, pues no cabe arbitrariamente, por actos de fuerza, mediante la contratación de servicios privados de seguridad, impedir a los demandantes el disfrute de los derechos que les corresponden en el régimen de propiedad horizontal sobre elementos comunes si no practican el nudismo, lo que es una opción personal perfectamente respetable y legítima, pero cuya práctica no cabe exigir sin base para ello.

Y en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios sufridos, constatada la vulneración de tales derechos fundamentales, mediante actos de imposición, fundados en unos estatutos no aprobados, determina un evidente daño moral, considerándose que la cantidad postulada por tal concepto entra en el marco de un prudente resarcimiento.

Se entiende, por otra parte, que la interpelación a la demandada D.^a Evangelina lo es como presidenta de la comunidad demandada, y no a título singular, así se deduce además del fallo de la sentencia de primera instancia, que no hace referencia a su persona, y no fue recurrida en tal aspecto.

SÉPTIMO.- Costas y depósito

La estimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación conlleva no se haga condena en costas (art. 398 de la LEC) y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15.^a, apartado 8 LOPJ).

La estimación del recurso de apelación conduce a que no se haga especial pronunciamiento con respecto a las costas de dicho recurso (art. 398 de la LEC) y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15.^a, apartado 8 LOPJ).

La estimación de la demanda conlleva la imposición a la entidad demandada de las costas de primera instancia (art. 394 LEC).

**FALLO**

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

1.º- Estimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por los demandantes contra la sentencia 855/2021, de 21 de julio, de la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el rollo de apelación 256/2020, sin imposición de costas y devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Se deja sin efecto dicha sentencia, y, en su lugar, se dicta otra en virtud de la cual, con estimación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén, de 26 de noviembre de 2019, en los autos de juicio ordinario 1003/2018, procede:

(i) Declarar que las norma, instrucciones o actuaciones de hecho llevadas a cabo por la comunidad demandada para impedir o perturbar a los demandantes el acceso a las piscinas y demás espacios comunes de la Urbanización denominada « DIRECCION000 » por el hecho de no practicar el nudismo, lesionan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad ideológica, a la libertad y a la intimidad.

(ii) Declarar radicalmente nula cualesquiera normas interiores, instrucciones o directrices emitidas que tengan por objeto impedir o perturbar el derecho de los actores a acceder a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

(iii) Condenar a la comunidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y abstenerse de realizar cualesquiera actos que limiten o perturben el derecho de acceso a acceder a las piscinas y demás espacios comunes de la DIRECCION000 por el hecho de no practicar el nudismo.

(iv) Condenar a la comunidad demandada a indemnizar a los demandantes por la lesión de sus derechos fundamentales con la suma de mil euros a cada uno de ellos.

(v) Imponer a la comunidad las costas causadas en primera instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.