

Roj: STS 5991/2012
Id Cendoj: 28079110012012100511
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 635/2010
Nº de Resolución: 567/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, como consecuencia de autos de juicio ordinario 216/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Logrosan, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña María Rosa , el procurador don Alejandro Utrilla Palombi. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de Desarrollo de Hostelería S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Rafael Martín González, en nombre y representación de doña María Rosa , interpuso demanda de juicio ordinario, contra la Compañía Mercantil Desarrollo de Hostelería S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia, previo el recibimiento de éste a prueba, por la que, con estimación de la demanda, se condene a la entidad demandada a realizar, por su cuenta, cargo y riesgo, la supresión y demolición de las obras de reforma y acondicionamiento ejecutadas en los inmuebles de su propiedad, sitios en el término municipal de Guadalupe, Cáceres, PLAZA000 , números NUM002 y NUM000 , que afectan a los elementos comunes del edificio que componen la finca número NUM000 propiedad de la demandada y la número NUM001 propiedad de la actora y que consistieron, según se refiere en los hechos séptimo y octavo de la demanda, a los que nos remitimos, en:

a) La realización de dos aperturas en el muro medianero del edificio que componen las fincas del actor y de la demandada, para comunicar las fincas de los números NUM002 y NUM000 de la PLAZA000 de Guadalupe: una de las aperturas situada en la planta baja del edificio, de 1'95 metros de longitud y 2'00 metros de altura; y otra ubicada en la planta primera, de 0'80 metros de longitud y 2'00 metros de altura, que comunica el piso primero del inmueble número NUM000 con el del número NUM002 .

b) La intervención sobre un forjado en el piso primero del edificio común que separa las fincas señaladas municipalmente como números NUM000 y NUM001 .

c) La elevación de la cubierta del edificio común en la zona que se corresponde con el inmueble señalado como número NUM000 .

d) La ejecución de la cubierta, canalón y bajante de uno de los cuerpos del edificio del número NUM002 , que invaden el patio y vuelo de la vivienda de la actora.

Ordenando, asimismo, la reposición y restitución de los elementos comunes antes reseñados, que han resultado perturbados por el quehacer de la demandada, al estado y situación que presentaban los mismos con anterioridad a la realización de las referidas e incontestadas obras debiendo promover por su cuenta y cargo la ejecución de las obras que resulten necesarias para el cerramiento de las aperturas señaladas en este Suplico en la letra a); para la recuperación del forjado reseñado en la letra b); para la bajada de la cubierta referida en la letra c); y para la eliminación de la cubierta, canalón y bajante mencionados en la letra d), así como que se le condene a pagar las costas del procedimiento.

2.- La procurador doña Inés Leandro Sanromán, en nombre y representación de Desarrollo de Hostelería SLU contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, se absuelva a la sociedad mercantil demandada Desarrollo de Hostelería SLU de todas las pretensiones declarativas y de condena, contenidas en el suplico de la misma, y se impongan las costas a la actora doña María Rosa .

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Logrosan, dictó sentencia con fecha dos de julio de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Rafael Martín González, en representación de doña María Rosa , frente a Desarrollo de Hostelería S.L.U., representada por la procuradora de los Tribunales doña Inés Leandro San Román, y, en consecuencia: Condeno a la demandada al cierre, por su cuenta y cargo de las dos aperturas o huecos existentes en el muro del edificio que componen las fincas de la actora y de la demandada, y que comunican las fincas de los número NUM002 y NUM000 de la PLAZA000 de Guadalupe; uno de los cuales está situado en el planta baja del edificio, siendo sus dimensiones aproximadas de 1,95 metros de longitud y 2,00 metros de altura, y otro está situado en la planta primera, siendo sus dimensiones aproximadas de 0,80 metros de longitud y 2,00 metros de altura.*

Y absuelvo a la demandada de los demás pedimentos efectuados en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte doña María Rosa , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña María Rosa y se estima el recurso interpuesto por la representación de Desarrollo de Hostelería S.L.U contra la sentencia núm 38/09 de fecha 2 de julio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Logrosán en autos núm 216/08, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, Revocamos expresada resolución, y en su lugar, desestimamos la demanda absolviendo a Desarrollo de Hostelería, S.L.U de las pretensiones en su contra formuladas; sin imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes.*

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso de casación** la representación procesal de doña María Rosa con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por violación, por inaplicación o indebida aplicación, de lo dispuesto en los artículos 7.2. del Código Civil y 11.2. de la Ley Organica 6/1985 d 1 de Julio del Poder Judicial y, en su consecuencia, de lo establecido en los artículos 7.1. 9. a) 12 párrafo 1º de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal y lo estipulado en los artículo 392 y siguientes y concordantes, del Código Civil , en especial lo expresamente regulado por los artículos 387 , 398 y 394, así como lo recogido en los artículos 1099 y 1088 del Código Civil, en consecuencia, con los señalado en el 1902 de dicho texto legal al aplicar la sentencia impugnada la teoría del abuso de derecho de forma contraria a los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. **SEGUNDO**.- Por infracción de las normas aplicables par resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación, por inaplicación indebida, de lo dispuesto en los artículos 7.2. del Código Civil y 11.2. de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial y, en su consecuencia, de lo establecido en los artículos 7.1. 9.1. a) , 12, párrafo 1 º y 17.1º de la Ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal y lo estipulado en los artículos 392 y siguientes y concordantes del Código Civil , en especial lo expresamente regulado por los artículos 397 , 398 y 394, así como lo recogido en los artículos 1099 y 1088 y 1089 del Código Civil, en consonancia con lo señalado en el 1902 de dicho texto legal , al aplicar la sentencia impugnada la teoría del abuso de derecho existiendo Jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Carlos Mairata Laviña, en nombre y representación de Desarrollo de Hostelería SLU, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre del 2012, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña María Rosa -demandante- integra, junto a la mercantil Desarrollo de Hostelería S.L.U - demandada-, la comunidad de vecinos de las casas números NUM000 , propiedad del segundo, y NUM001 , propiedad de la primera, sitas en PLAZA000 de Guadalupe, en el término municipal de Guadalupe, Cáceres. A resultas de las obras de reforma y acondicionamiento que la demandada realizó en el inmueble, doña María Rosa interesó la supresión y demolición de todas ellas en tanto han afectado y han producido daños a elementos comunes del edificio, así como a su estructura y configuración, instando igualmente la condena de la demandada a reponer y restituir los elementos comunes al estado en que se hallaban antes de su alteración por la referidas e in consentidas obras.

La Sentencia dictada en Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la demandada a volver al estado anterior parte de las obras, concretamente las referentes la apertura de dos huecos en el muro que separa la vivienda del nº NUM002 del inmueble, propiedad de la demandada, en el que se integran las correspondientes a los números NUM000 y NUM001 , con el argumento de que afectaban a elementos comunes y se realizaron sin el consentimiento de la demandante y que si bien la obra no puede calificarse como necesaria para la conservación del edificio, ni compromete su estabilidad, si que ha acarreado unos perjuicios a la demandante derivados de una actividad abierta al público como es la instalación de un comedor de un restaurante.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de la demandante y estimó el de la demandada, con lo que revocó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda presentada contra Desarrollo de Hostelería, S.A. a quien absolvió de las pretensiones formuladas contra ella. Indica la Audiencia Provincial que la apertura de los dos huecos en la pared, que fue la única de las obras o reformas que la sentencia de primera instancia consideró no ajustada a derecho, debe de tener el mismo tratamiento que el resto de las obras cuya demolición también interesó la actora, ya que a todas ellas se debe de aplicar la teoría del abuso de derecho pues concurren las circunstancias objetiva y subjetiva exigidas por la jurisprudencia para que la demanda deba desestimarse en su integridad.

Frente a esta Sentencia, la parte demandante ha formalizado recurso de casación al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- El recurso de casación se estructura en dos motivos. En ambos se denuncia la infracción del artículo 7.2 del Código Civil , artículo 11.2 de la LOPJ , artículos 7.1 , 9.1 a) 12, 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , artículos 392 , 397 , 398 , 394 , 1099 , 1088 , 1089 y 1902 del Código Civil . En el primero, argumenta la parte recurrente, con base en las sentencias de 28 de noviembre de 2008 y 6 de febrero de 2003, y en contra de lo resuelto por la sentencia recurrida, que no ha actuado con abuso de derecho al instar la demolición de unas obras realizadas sin el consentimiento de los condueños, y sin beneficio alguno para la comunidad, para la propia expansión comercial de la entidad demandada, que han afectado a elementos comunes y que han conllevado el establecimiento de una servidumbre que grava la comunidad. Considera igualmente que en ningún modo puede considerarse abusivo, excesivo o anormal oponerse a que se alteren elementos comunes de un edificio o que se abran huecos en un elemento común.

En el segundo, indica que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, citando la sentencia de 28 de noviembre de 2006 de la Sección 17º de la Audiencia Provincial de Barcelona y la sentencia de 1 de junio de 2005 de la Sección 4 º de la misma Audiencia. Se insiste en que la demolición de las obras de reforma realizadas por la parte demandada en elementos comunes no puede considerarse efectuada en abuso de derecho, puesto que el ejercicio de una acción que la ley atribuye explícitamente lo excluye.

Ambos se analizan conjuntamente pues ambos tienen como finalidad la supresión y demolición de las obras realizadas en una comunidad de propietarios, sin el consentimiento de los condueños, que han afectado a elementos comunes y han permitido establecer una servidumbre que grava la comunidad, y que, además, se han llevado a cabo, no en beneficio de la comunidad, sino en el de la entidad demandada, lo que supone el ejercicio de una acción que la ley le otorga explícitamente.

El recurso se estima en parte.

La doctrina del abuso de derecho, tal y como declara la sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2006 (RC núm. 1820/2000), se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada,

como recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 , con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

La fijación de las circunstancias en su aspecto fáctico corresponde a la función soberana del juzgador de instancia, sólo verificable en casación por la vía del error en la valoración probatoria, en tanto la determinación de la significación jurídica, sobre la base de los datos fácticos fijados, es revisable en casación, porque el abuso del derecho es un concepto jurídico indeterminado -concepto válvula- que integra la "questio iuris", y que, como recuerda la Sentencia de 15 de febrero de 2000 , es, además, de índole excepcional y de alcance singular restrictivo, por lo que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica.

En materia de propiedad horizontal, constituye doctrina de esta Sala que "el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma" (SSTS 12 y 13 de diciembre 2011 , 9 de enero y 18 de julio 2012).

En el presente caso, constituye un hecho fijado por la sentencia recurrida, y por ende inamovible, que las obras realizadas por la demandada en la cubierta, el muro y forjado se han realizado en la vivienda nº NUM000 sin consentimiento de la otra copropietaria, pese a haberlo interesado a través de su representante legal. Es hecho también probado que referidas obras comportan una " *importantísima mejora en el conjunto del inmueble* ", sobre todo la nueva cubierta, y que no han afectado a la estabilidad del edificio, ni han ocasionado ningún daño o perjuicio a la vivienda de la actora. La restitución al estado originario es, además, casi imposible desde el punto de vista técnico sin que suponga ningún beneficio al otro condueño, antes al contrario, se vería perjudicado en el supuesto de remoción al estado anterior a la realización de las obras litigiosas. En definitiva, tal y como resulta de la jurisprudencia citada, la demandante ha ejercitado frente al demandado, únicos copropietarios, acción con claro perjuicio para este y con ausencia de interés legítimo para aquella, con patente ejercicio abusivo del derecho.

TERCERO.- No sucede lo mismo con la apertura de huecos. En el recurso se citan dos sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 2008 y de 6 de febrero de 2003, además de otras sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona. La primera tiene que ver con unas obras que afectan a elementos comunes dirigida a posibles usuarios de la zona de una instalación ajena a los comuneros, hechas en beneficio exclusivo de uno de ellos con alteración de sus elementos comunes, y creación de una servidumbre. La segunda refiere a la apertura en un local, Pub o Sala de Fiestas, de una salida de emergencia. La sentencia descarta que hubiera ni un ejercicio abusivo de la acción, ni mala fe en los demandantes, antes al contrario, señala, "Es plenamente legítimo y serio y en ningún modo excesivo o anormal, el interés de los demandantes recurridos como propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en oponerse a que se alteren los elementos comunes de un edificio, así como abrir huecos en un elemento común. A lo cual ha de añadirse que los demandantes son propietarios de un apartamento que se encuentra encima de la puerta que se ha abierto y que sufren los ruidos y molestias de la salida de personas".

Para la Audiencia Provincial la apertura de huecos en el muro, que separa la vivienda del nº NUM002 , propiedad exclusiva de la demandada, del inmueble en el que se integran las viviendas nº NUM000 y NUM001 , se hizo con la finalidad de comunicar dos inmuebles de la propiedad del demandado, para el mejor desarrollo de su actividad mercantil, tratándose de una obra que no resulta necesaria " *para la conservación del edificio* " y que no afecta " *a la estabilidad* ". Se desataca asimismo " *que las eventuales molestias derivadas de posibles humos, olores y ruidos, no se verían eliminada con el cierre de dichos huecos, pues la demandada continuará disponiendo de las mismas dependencias para desarrollar su actividad, aunque no estuvieran unidas... y que las obras y posterior inicio de la actividad mercantil, cuenta con todas las autorizaciones administrativas necesarias, lo que significa que los posibles problemas derivados de humos, olores y ruidos estarán bien resueltos, o al menos no se ha probado lo contrario, tal es así, que el fundamento de la demanda no se basa en los perjuicios derivados de esas eventuales circunstancias*".

No se comparte la conclusión de la Audiencia. Lo que sanciona el artículo 7 de la LPH es el respeto a los elementos comunes de la finca sometiendo la ejecución de las obras al régimen establecido en la Ley y es evidente que la apertura de los huecos, que la sentencia califica de innecesaria, no puede tener el mismo tratamiento jurídico que el otorgado al resto de las obras. El fin perseguido en este caso por la actora no es el de perjudicar al otro copropietario, sino obtener el amparo que la norma procura para evitar que los

elementos comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal se puedan ver alterados por la simple voluntad de un copropietario que actúa en su propio beneficio y no en el de la comunidad, y que ningún beneficio obtiene al poner ambos inmuebles en comunicación, para ampliar las instalaciones de una industria de restaurante, con las consiguientes complejidades comunitarias que ello puede entrañar al ampliarse el local.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso de casación determina la anulación en parte de la sentencia recurrida. Como consecuencia, esta Sala debe asumir la instancia y dictar sentencia para dejar sin efecto la de la Audiencia Provincial, en lo relativo a la estimación del recurso formulado por la demandada y revocación de la sentencia de instancia respecto al cierre, por cuenta y cargo del demandado, de las dos aperturas de huecos existentes en el muro del edificio que componen las fincas de la actora y de la demandada, y que comunican las fincas de los números NUM002 y NUM000 de PLAZA000 de Guadalupe, uno de los cuales está situado en la planta baja del edificio, siendo sus dimensiones aproximadas de 1,95 metros de longitud y 2.00 metros de altura, y el otro está situado en la planta primera, siendo sus dimensiones aproximadas de 0,80 metros de longitud y 2.00 metros de altura.

Se mantiene, en suma, la sentencia del Juzgado, en lo que se refiere a la estimación de dicho pronunciamiento, manteniéndola en lo demás; todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la 1ª instancia; imponiendo al demandado las originadas por su recurso de apelación y no se hace especial declaración de las de este recurso.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de casación formulado por la Procuradora Doña María Consuelo Martín González, en la representación que acredita de Doña María Rosa, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, de fecha 14 de enero de 2010, la que casamos, en el único sentido de mantener el pronunciamiento de la 1ª instancia respecto de la estimación de la demanda formulada por dicha parte respecto al cierre, por cuenta y cargo del demandado, de las dos aperturas de huecos existentes en el muro del edificio que componen las fincas de la actora y de la demandada, y que comunican las fincas de los números NUM002 y NUM000 de la PLAZA000 de Guadalupe, uno de los cuales está situado en la planta baja del edificio, siendo sus dimensiones aproximadas de 1,95 metros de longitud y 2.00 metros de altura, y el otro está situado en la planta primera, siendo sus dimensiones aproximadas de 0,80 metros de longitud y 2.00 metros de altura, desestimando el recurso de apelación formulado contra dicho pronunciamiento por la demandada, Desarrollo de Hostelería, S.L.U; todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la 1ª instancia; imponiendo al demandado las causadas por su recurso de apelación y no se hace especial declaración de las de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan . Jose Antonio Seijas Quintana . Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno . Roman Garcia Varela** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.