

Roj: STS 5183/2013
Id Cendoj: 28079110012013100595
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1728/2011
Nº de Resolución: 666/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil trece.

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 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , DE MARBELLA; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Aurora Gómez Villaboa Mandri, en nombre y representación de la entidad LORD BORGES S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador D. Julio Mora Cañizares, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , interpuso demanda de juicio ordinario contra LORD BORGES S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *estimando íntegramente la demanda declare que el cerramiento de la pérgola de la planta solarium del apartamento de la demandada definido en el hecho segundo de la demanda y en el informe pericial que se adjunta, es ilegal, contrario a la Ley de Propiedad Horizontal y a los propios Estatutos que rigen la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fase I , EDIFICIO000 , condenándola a su retirada, Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.*

2.- La procuradora Dª Mª José Moya Llorens, en nombre y representación de "LORD BORGES, S.L.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando íntegramente la demanda y con imposición de costas a la parte actora.* Y formulando demanda reconventional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando se dictara sentencia por la que A) *Se declare que en la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fase I, Edf. E-4 se han ejecutado obras, aparte de las de mi mandante, y reformas que han supuesto alterar elementos comunitarios de sus viviendas, modificando - en mayor o menor medida- la configuración arquitectónica original de la urbanización y, por tanto, que no es justo ni razonable aplicar a la entidad LORD BORGES, S.L. un trato discriminatorio contrario al principio de equidad y el principio de igualdad, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.* B) *Se declare el derecho que asiste a la entidad LORD BORGES, S.L. a que se le conceda equitativamente la misma igualdad de trato que se le ha dispensado al resto de copropietarios que también han realizado alteraciones en la original configuración arquitectónica comunitaria y que, por tanto, las obras realizadas en la vivienda de LORD BORGES, S.L. consistentes en el cerramiento de la pérgola del solarium (terraza), no deben ser derribadas, y que se declare que por la Comunidad no se le puede exigir a LORD BORGES, S.L. una conducta más escrupulosa en el cumplimiento de la norma que no se ha exigido a otros comuneros en situación similar, idéntica o incluso por haber efectuado modificaciones de mayor entidad y, en definitiva, que se declare el derecho de LORD BORGES, S.L. a tener y mantener la obra referida condenado a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 a estar y pasar por dicha declaración.* C) *Se declare que la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , con su conducta desplegada contra LORD BORGES, S.L., ha actuado*

en contra de sus propios actos, con mala fe, abuso de derecho, en fraude de ley y/o procesal, por lo que se le deberá condenar y sancionar con la multa pecuniaria que en derecho haya lugar teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso. D) Que se desestime íntegramente la demanda del que la presente reconvencción trae causa. E) Con imposición de costas a la demandada.

3.- El procurador D. Julio Mora Cañizares, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , Puerto Banús, Marbella, contestó a la demanda reconvenccional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia, *acordando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la contraria.*

4 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fase I , EDIFICIO000 , I , de Puerto Banus (Marbella), contra la entidad Lord Borges, S.L., declaro la ilegalidad de las obras realizadas por la misma en la vivienda de su **propiedad**, el apartamento NUM000 de la DIRECCION000 , Fase I , EDIFICIO000 , I , de Puerto Banus (Marbella), consistentes en el cerramiento de la pérgola de la planta solarium del apartamento de la demandada con materiales opacos en la cubierta y cerramientos de vidrio con soporte de carpintería de color de color blanco en los paramentos verticales; condenándola a su retirada, debiendo reponer a su costa los elementos comunes afectados, reponiéndolos a su primitivo estado, bajo apercibimiento de realizarlo a su costa, caso de no hacerlo voluntariamente en plazo legal; condenándola, igualmente, al pago de las costas procesales causadas por la demanda. Y que **DESESTIMANDO TOTALMENTE la reconvencción formulada por la entidad Lord Borges, S.L. contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fase I , EDIFICIO000 , I , de Puerto Banús (Marbella), absuelvo a esta de todas las pretensiones contra ella deducidas por la demandada reconviniendo; condenando, igualmente, a la demandada reconviniendo al pago de las costas procesales causadas por la reconvencción.**

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de LORD BORGES, S.L. la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2011 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada y actora reconvenccional, entidad mercantil Lord Borges, S.L., contra la *sentencia dictada en fecha 9 de diciembre de 2009 por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia nº 3 de Marbella en los autos de Juicio Ordinario nº 775/08 promovidos en virtud de la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fase I , EDIFICIO000 , de Marbella, de los que dimana el presente rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución en el sentido de acordar la DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA DE LA DEMANDA y la ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA RECONVENCCIONAL, en el sentido de declararse que la conducta desarrollada por la Comunidad de Propietarios al formular la demanda origen del presente proceso incurre en abuso de derecho. Ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.*

TERCERO .- 1 .- La procuradora Dª María Castrillo Avisbal, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , DE MARBELLA interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: UNICO** .- Al amparo del artículo 479.4 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 3 , 7 , 12 , 17 y 18 de la **Ley** de **Propiedad Horizontal** en relación con los artículos 7 y 396 del Código civil .

2.- Por Auto de fecha 25 de septiembre de 2012, se acordó ADMITIR EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª Aurora Gómez Villaboa Mandri, en nombre y representación de la entidad LORD BORGES S.L. presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2013 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- En la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , de Puerto Banús, de Marbella (Málaga) demandante en la instancia, demandada reconvenccional y recurrente en casación, uno de ellos, LORD BORGES, S.L., demandada y demandante reconvenccional, llevó a cabo en el

apartamento de su **propiedad** unas obras consistentes en el cerramiento de la pérgola de la planta solarium con materiales opacos en la cubierta y cerramientos de vidrio con soporte de carpintería de color blanco en los paramentos verticales; todo ello sin el consentimiento de la Junta de propietarios.

Con respecto a tales obras, la COMUNIDAD interpuso demanda interesando la declaración de que las mismas suponen una alteración de los elementos comunes, sin contar con el consentimiento de la Junta de propietarios. A su vez, la sociedad, LORD BORGES, S.L. no sólo se opuso a tal demanda, sino que formuló reconvencción en la que interesó que se declare que en aquella comunidad existen otras obras y reformas que han alterado elementos comunes y han modificado la configuración arquitectónica original de la urbanización; asimismo, interesó que se declare su derecho a recibir igual trato que el resto de copropietarios, declarando que la conducta de la actora constituye abuso del derecho.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Málaga, de 8 abril 2011, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda principal y estimó la reconvenccional, tratando con detalle dos extremos. En el primero, calificó la terraza como elemento privativo del titular del piso que, al mismo tiempo, constituye cubierta del edificio, es decir, elemento común de uso privativo, cuyas obras en la misma precisan la autorización de la Comunidad de propietarios. El segundo trató del abuso del derecho, manteniendo (literalmente) que *"un trato discriminatorio entre comuneros carente de la suficiente justificación constituye un verdadero abuso del derecho que los Tribunales de Justicia no pueden amparar"*.

Frente a esta sentencia, la COMUNIDAD actora ha formulado el presente recurso de casación por infracción de los artículos 3, 7, 12, 17 y 18 de la **Ley de Propiedad Horizontal** en relación con los artículos 7 y 396 del Código civil. Antes de desarrollar el motivo se halla un preámbulo en que discute hechos básicos que declara probados la sentencia de la Audiencia Provincial lo que no procede en casación y la confunde con una tercera instancia. En el desarrollo del motivo que aparece como único, tiene un apartado A que lo refiere a la infracción de aquellos artículos de la **Ley de Propiedad Horizontal** y del Código civil. En el apartado B se mencionan sentencias de Audiencia Provincial que, en relación con el artículo 7 del Código civil interpreta el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO .- En consecuencia, cabe centrar el tema, pues otras cuestiones que podrían plantearse, no han sido objeto de discusión.

Así, en primer lugar, la realidad de las obras, tal como se han detallado en el fundamento anterior (en su primer párrafo).

En segundo lugar, tampoco se ha discutido, son acordes ambas sentencias de instancia y no se ha llevado a casación, que tales obras afectan a elemento común, de uso privativo (terracea que es cubierta del edificio) y suponen una alteración de la configuración y estado exterior de la urbanización.

En tercer lugar, que estas obras se han ejecutado sin la autorización de la Comunidad de propietarios.

Partiendo de lo anterior, no discutido, lo que sí se polemiza es si la acción ejercitada por la Comunidad constituye abuso del derecho. La sentencia del juzgado de 1ª Instancia lo rechaza y estima la demanda y lo razona en estos términos:

Y no puede afirmarse en modo alguno que la conducta observada por la Comunidad de Propietarios en relación con las obras ejecutadas por la actora en su vivienda en relación con las restantes autorizadas entrañe abuso de derecho puesto que, como se ha señalado, no puede invocarlo a su favor quien ha realizado o es responsable de una conducta antijurídica sancionada por la ley, como es la obra litigiosa conforme a lo expresado, y todo ello sin perjuicio de las posibles infracciones o transgresiones que hayan podido concurrir por parte de otros propietarios.

Por el contrario, la Audiencia Provincial mantiene que sí se ha producido un abuso del derecho, en sentencia que dice:

Los referidos medios de prueba ponen de manifiesto, de forma clara y terminante, la realidad de numerosas obras (ampliación de terrazas, sustitución o eliminación de las persianas de celosía en las ventanas de las cocinas, modificación de las barandillas de las terrazas, sustitución de las ventanas originales o apertura de otras nuevas, modificación del acceso desde el jardín a las terrazas de primera planta) que afectan a la fachada del inmueble, alterando su originaria configuración exterior, con incidencia sobre la estética del conjunto (lo que no implica necesariamente su desmerecimiento). Entre tales obras se encuentran unas que son, no ya similares, sino idénticas a las ejecutadas en la terraza del apartamento de la mercantil demandada (cerramiento del porche de los áticos). Lo expuesto pone de manifiesto una realidad distinta a la que presenta

la parte demandante, al no constar una clara y decidida voluntad de la Comunidad de preservar la integridad de los elementos comunes del Edificio, entre ellos y de forma especial la uniformidad de la fachada, la que presenta numerosas alteraciones, que se mantienen hasta la fecha, sin la correspondiente reacción por parte de la Comunidad.

TERCERO .- Ambas resoluciones citan sentencias de esta Sala favor o en contra de la postura que respectivamente mantienen. Y es cierto que las hay, aparentemente, contradictorias. Incluso dos sentencias de esta Sala exponen la misma (literalmente) doctrina general sobre el abuso del derecho y una de ellas lo estima (la de 17 de noviembre de 2011) y otra, bien cercana en el tiempo (la de 24 octubre 2011), lo rechaza.

No se trata, pues, de enumerar o citar sentencias en uno u otro sentido, sino de recalcar la doctrina general que se desprende de unas y otras. Depende de cada caso y de las circunstancias que concurren: no es suficiente con que exista una obra autorizada para que se estimen abusivas todas las acciones que se ejerciten frente a la nuevas alteraciones; sí se considera abuso del derecho cuando, a la vista de las circunstancias, se aprecia la inexistencia de justa causa o de finalidad que no puede considerarse legítima, sin que el que acciona obtenga beneficio alguno y perjudique a otro propietario.

En el presente caso, se acordó por la Junta de la Comunidad de 22 agosto 2002 dar su autorización a obras ya realizadas - acuerdo que no ha sido impugnado- y se decidió no autorizar desde tal momento alteración alguna de fachada u otro elemento común. Asimismo, la Comunidad interpuso sendas demandas respecto a obras no autorizadas: así, ante distintos Juzgados de Marbella autos de juicio ordinario 1426/2007 y 764/2008, en las que recayeron sentencias condenatorias a demoler las obras realizadas en las terrazas, aunque las mismas no se han llevado a ejecución, decisión de la propia Comunidad.

De todo ello, apreciando estas circunstancias, consta la de la voluntad de los copropietarios de no autorizar alteraciones ilícitas, pese a que ya existen algunas y contra dos de ellas media sentencia firme de demolición. La Comunidad ha decidido, en acuerdo no impugnado, aplicar las normas de la **Ley de Propiedad Horizontal** respecto a que no se realicen obras que produzcan *alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes...*, como dice el artículo 12 , sin que se autorice por la Junta, por unanimidad, como exige el artículo 17, norma 1ª. Y no consta que aquel acuerdo carezca de justa causa -la voluntad de los copropietarios- ni carezca de finalidad legítima -la uniformidad a partir del acuerdo- ni se haya tomado sin beneficio para todos y perjuicio para uno.

CUARTO .- Por todo ello, se estima el recurso de casación, cuyo apartado A, aparte de citar algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho, discute en el presente caso se haya dado el mismo y se acepta por esta Sala su argumentación, después de lo expuesto en el fundamento anterior; al estimar el recurso y rechazar el abuso del derecho, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia que había estimado la demanda de la Comunidad y desestimar la reconvención de los demandados autores de las obras. Ello sin imposición de costas, tal como dispone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION formulado por la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 FASE I EDIFICIO000 , DE MARBELLA, contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 8 de abril de 2011 , que SE CASA y ANULA.

2.- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Marbella, en autos de juicio ordinario nº 3 de fecha 9 de diciembre de 2009, que estimó la demanda interpuesta por dicha Comunidad recurrente y desestimó la reconvención.

3.- No se hace condena en las costas causadas en este recurso de casación.

4.- Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha



vido 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ