

Roj: STS 1609/2013

Id Cendoj: 28079110012013100171

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 377/2010

Nº de Resolución: 171/2013

Procedimiento: Casación

Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 377/2010 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D. Luis María , aquí representado por el procurador de los tribunales D. Francisco de las Alas-Pumariño y Miranda, contra la sentencia de 16 de diciembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 710/08, por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , dimanante del juicio ordinario n.º 142/04 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Vélez-Málaga. Es parte recurrida la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Vélez-Málaga, que ha comparecido mediante el procurador D. Fernando Pérez Cruz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vélez-Málaga dictó sentencia de 7 de abril de 2008 , en el juicio ordinario n.º 142/04, cuyo fallo dice:

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta a instancia de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 , representada por la procuradora Sra. Peláez Salido frente a D. Luis María , representado por el procurador Sr. León Fernández y D.ª María Luisa , en situación procesal de rebeldía, declaro el cese de la utilización privativa de la zona común de tránsito, condenando a los citados codemandados a reponer a su costa, la mencionada zona y la fachada del edificio a su estado originario.

»Que asimismo debo absolver y absuelvo al codemandado D. Florencio de los pedimentos efectuados en su contra

»Todo ello sin pronunciamiento sobre costas».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. Ejercita la actora, en el presente procedimiento, una acción declarativa y de condena por la que solicita que se declare el cese de la utilización privativa de la zona común de tránsito y se condene a los codemandados a reponer a su costa, la mencionada zona y la fachada del edificio a su estado originario. Asimismo se interesa una indemnización en concepto de daños y perjuicios que se fija en 4.400 euros.

»La **propiedad** de casas por pisos, regulada por ley 49/1960, de 21 de julio, modificada posteriormente por Ley 8/99 de 6 de abril y 51/03 de 19 de diciembre, ha sido definida por el Tribunal Supremo como "institución de carácter complejo" cuyo género es el derecho de **propiedad**, ya que no es una comunidad -en cuanto existen elementos privativos- ni la servidumbre sirve para explicar la situación de las cosas comunes. Como vemos, la **propiedad horizontal** es una especie singular en la que coexiste la **propiedad** privada que recae sobre cada piso o local y la comunidad existente en relación a los elementos comunes.

»La acción ejercitada se basa, precisamente, en el carácter de elemento común que a juicio de la actora tiene la obra ejecutada por los demandados sin contar con el consentimiento unánime de todos los comuneros.

»A la pretensión, ejercitada por la actora, se oponen los demandados alegando en primer término falta de legitimación activa al carecer de autorización previa de la Junta de Propietarios para el ejercicio de acciones judiciales. Asimismo se alega por los demandados Sr. Luis María , propietario del local de negocio, y por el

Sr. Florencio , arrendatario del mismo, que la zona ocupada por la instalación creada por el mismo es de dominio público, y que cuenta con la preceptiva autorización del Ayuntamiento; que en todo caso existiría un consentimiento tácito de la comunidad, siendo abusivo el ejercicio de la acción; y que no se fundamenta la reclamación de los daños y perjuicios reclamados.

»Segundo. Con carácter previo al análisis de lo que constituye la cuestión debatida en la presente litis, procede resolver la excepción de falta de legitimación activa alegada por los codemandados. La legitimación puede ser definida como la aptitud de una persona con exclusión de cualquier otra para actuar en un proceso como demandante (legitimación activa) o como demandado (legitimación pasiva). Esta cualidad viene determinada por el Derecho material, pues solo el que aparezca en el proceso actuando las facultades que derivan de la titularidad de un derecho, puede demandar en el mismo la tutela judicial que deriva de ese derecho, y solo puede demandarla de quien afirme sea perturbador de esa titularidad. Y ello independientemente de la efectiva titularidad activa o pasiva de los derechos ejercitados. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, en su artículo 10 , dispone que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Aducen los codemandados que la acción se ejercita por la Comunidad de Propietarios en base a un supuesto acuerdo de Junta de fecha 21 de agosto de 2003 sin embargo en dicha Junta no se adoptó decisión alguna en cuanto al ejercicio de acciones judiciales. Del mismo modo no cabe alegar que la acción la ejercita un comunero en beneficio de la Comunidad pues según el art. 2 de los estatutos de la Comunidad las contiendas de los copropietarios deberán someterse a arbitraje de equidad.

»Procede la desestimación de la excepción alegada pues del documento n.º 12 de los aportados con la demanda, consistente en acta de la Junta general ordinaria de fecha 21 de agosto de 2003, se infiere el acuerdo de la Junta de propietarios de ejercitar las correspondientes acciones judiciales frente a los ahora demandados. A mayor abundamiento y aún considerando que el citado acuerdo de la Junta adoleciera de un defecto de forma, cual es no haberse incluido en el orden del día la pretensión de la Comunidad de propietarios de ejercitar acciones frente a los demandados, se estima que la acción ha sido ejercitada en legal forma por el presidente de la Comunidad, que según el artículo 12 de la Ley de **Propiedad Horizontal** ostenta la representación orgánica de la Comunidad y está facultado para ejercitar acciones judiciales, respondiendo de su gestión ante la Junta, asistiéndole por ello apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses comunitarios, sin que precise de la autorización de la Junta para intervenir ante los tribunales, cuando ejerce una pretensión en beneficio para la Comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista oposición expresa y formal.

»Tercero. Sentado lo anterior las cuestiones que son objeto de controversia se centran en determinar si las obras llevadas a cabo en su día por los demandados se han ejecutado sobre zonas comunes o sobre el dominio público, si las mismas alteran la configuración exterior del edificio, si la acción de la comunidad debe considerarse abusiva y finalmente si resulta procedente una indemnización por daños y perjuicios a favor de la Comunidad.

»Tal como establece la SAP Jaén de 10 octubre 2003 "en efecto, como ya dijimos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 1999 -que cita el apelante- reiterando lo ya manifestado entre otras y especialmente por su identidad con el caso que ahora nos ocupa en nuestras sentencias de 12 de junio de 1996 y 12 de mayo de 1997 , los patios de luces tiene la condición legal de elementos comunes mientras no queden desafectados a favor del propietario del piso que tenga concedida o reconocida la atribución de su uso exclusivo, pues ni tal concesión les atribuye el carácter de privativo, ni permite al beneficiario alterar este elemento común con obras que afecten al destino o a la estructura o a su configuración, que es situación en la que incide la construcción litigiosa que hizo cerramiento completo de buena parte del mismo privado desde entonces de su función estructural destinada a servir de aireación e iluminación a los pisos, al suelo y al vuelo del patio.

»Espacio común cuya particular y arbitraria invasión -que es simplemente lo ocurrido en el caso de autos- está prohibida por el art. 7.2 de la LPH al no contar el autor con el consentimiento unánime de todos los propietarios en cuya Comunidad se integra. En realidad, no es que falte la unanimidad -que ya sería suficiente para que prosperara la demanda- es que no consta que obtuviera el consentimiento de ninguno, sino que se despreocupó, incluso, de conseguirlo, de manera que, tan pronto concluyó la edificación y antes de que la mayoría de los propietarios ocuparan sus viviendas y se constituyera la Junta, optó por disponer insolidariamente a su conveniencia de un elemento común como si fuera propio burlando las limitaciones impuestas por la legislación urbanística, las reglas de la V.P.O., y los derechos de la Comunidad sin otro afán que el ampliar y adaptar su vivienda a costa de espacios que no le pertenecen y cuyo ejemplo afortunadamente los demás propietarios no han seguido, manteniendo el logro de una convivencia normal y *pacífica presidida*

por la idea de justicia, respeto y contemplación de las relaciones de vecindad que son las líneas directrices, dice la S T S 5 de mayo de 2002, que la Ley exige a quienes optan por someterse a detentar viviendas en este especial régimen de **propiedad horizontal**.

»SEGUNDO.- A demoler aquello que realizó sin ningún derecho ni autorización acudiendo a vías de hechos consumados se dirigió, pues, una demanda que la sentencia desestimó pese a que en el juicio todos los copropietarios que testificaron mostraron tanto su oposición a la obra como su falta de consentimiento. El apelado insiste en que fue verbalmente autorizado, no se sabe por quién porque a nadie identifica y pocos debían ser los que estaban en condiciones de hacerlo ante la premura de la obra realizada tan pronto le fue entregada la vivienda burlando así las normas administrativas cuyos organismos oficiales calificaron de ilegal en expediente concluido por prescripción administrativa de las sanciones imponibles.

»A criterio de la Sala las pruebas revelan que no hubo autorización, ni se buscó, y simplemente se dejó transcurrir el tiempo ante la pasividad de la Comunidad actora que concluyó a finales de 2001, doce años después, en cuyas actas se decide primero poner término a la misma, manifestándose y haciéndose constar en acta, -por lo que debe ser cierto-, que con anterioridad se le ha requerido verbalmente por distintos propietarios para la solución a un conflicto al que siempre se ha opuesto.

»Es más, cuando en el curso de estas conversaciones y requerimientos se le ofrece, de forma más que ventajosa, seguir utilizando el patio común del modo que lo viene haciendo, pero sin facultad de disposición como si fuera privativo, porque no lo es al no haber promovido su desafección, ni la rectificación registral ni contributiva en la cuota de participación, se revela en actitud desafiante a una acción judicial que la sentencia, sin embargo, rechaza sin más base que el no haber sido judicial ni administrativamente molestado durante doce años que la juzgadora de instancia identifica como consentimiento tácito con apoyo en las tres sentencias que cita de 28 de abril de 1986 , 28 de abril de 1992 y 16 de octubre de 1992 , exponente, repetimos, de una línea jurisprudencial no reiterada en los últimos años sino incluso cada vez más restringida y matizada que da réplica a la misma.

»En esta línea cabe señalar la STS 13 de septiembre de 2002 que confirma la demolición de una obra, parecida a la de autos, y donde saliendo al paso de criterios como el recogido por la sentencia apelada reconociendo que puede existir voluntad tácita de los propietarios cuando mediante actos inequívocos se llega a esa conclusión, ya que el transcurso pacífico de tan dilatado periodo de tiempo, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener renunciado el derecho impugnatorio, lo excluye, sin embargo, cuando, como ocurría en ese caso, al igual que el que ahora resolvemos, la preceptiva autorización no fue nunca sometida a la Junta general de propietarios, por lo que no ha existido acuerdo ni expreso ni tácito sobre el referido tema y añade que tal solución no es contraria a las tres sentencias del Alto Tribunal antes citadas por no resultar aplicables a este caso.

»La de 28 de abril de 1986, dice, porque existió un acuerdo unánime en Junta general con intervención de representantes de los copropietarios y no impugnado por estos, dicho acuerdo, e incluso faltó la impugnación de copropietario no asistente a la Junta. La de 28 de abril de 1992, hace referencia a que en la fase de construcción del edificio, la propietaria colocó chimenea con tubo metálico para salida de humos de uno de los locales comerciales a instalar, y luego vendió tal local a Explotación de Bares, S.A.."

»La Comunidad de propietarios promovió demanda y las sentencias de instancia la desestimaron, pero el Tribunal Supremo al acoger el motivo 5.º del recurso, ordenó retirar el aparato de ventilación instalado en elementos comunes. La de 16 de octubre de 1992, porque las obras aparecían consentidas por parte de la Comunidad por más de veinte años. La de 13 de julio de 1995, porque se había dejado transcurrir un plazo de 17 años desde la ejecución de las obras."

»Por su parte, la S TS de 10 de junio de 2002, revoca la sentencia de la Audiencia y ordena la demolición de la obra inconvenida realizada en espacios comunes por entender que el plazo de siete años transcurridos no es determinante de consentimiento tácito sobre el que vuelve a pronunciarse en los siguientes términos haciendo aplicación de la doctrina sentada en las STS 7 de octubre de 1986 y 11 de julio de 1994 indicando que para la existencia de un consentimiento de los demandantes a las repetidas obras" (concepto extensivo al uso no autorizado de elementos comunes) ha de tenerse en cuenta la doctrina de esta Sala manifestada en sentencia de 26 de mayo de 1986 en la que, con cita de otras varias, se afirma que es evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento: existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, que ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva se trata de los hechos concluyentes ("facta concludentia") y como

tales inequívocos que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte, que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia, no pudiendo, por otra parte, identificarse consentimiento y mero conocimiento, como sienta la sentencia de 7 de octubre de 1986 ... según la cual, el conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de voluntad", por todo ello no puede estimarse que el conocimiento por los actores de la realización de las obras y su inactividad desde que las mismas se ejecutaron hasta la iniciación del litigio, suponga un consentimiento tácito a las mismas sanador de la falta del consentimiento unánime de los copropietarios exigido por el citado artículo 11 de la Ley de **Propiedad Horizontal** ...; en consecuencia decae el motivo.

»"En cambio, es errónea la interpretación que acoge la sentencia recurrida de la sentencia dictada por este Tribunal, con fecha 28 de abril de 1992 ..., que se refiere a un supuesto en el que la Junta de Propietarios nunca adoptó un acuerdo de oposición a las obras realizadas durante la fase de construcción del edificio que venia consintiendo la comunidad. " La sentencia reseñada termina advirtiendo que debe ponderarse a la hora de apreciar la existencia del consentimiento tácito, "la importancia de no confundirlo con la inactividad, durante un cierto periodo de tiempo ya que, si se actuara conforme a una interpretación laxa se procedería por esta vía soterrada a acortar, sin fundamento razonable, el tiempo para el válido ejercicio de la acción, antes de que esta se extinga por prescripción", que para estas acciones dirigidas a obtener el reintegro del espacio ocupado, titularidad de la Comunidad, la STS de 11 de noviembre 2002 fija por su carácter real y aplicación del art. 1959 y 1963 CCen 30 años.

» Sentencia esta última de 11 de noviembre de 2002 , aún más significativa de la línea jurisprudencial más actualizada que también revoca la sentencia de la Audiencia y ordena la demolición y retirada de la instalación y puertas levantadas sobre el pasillo comunitario con que se amplió la vivienda veinte años atrás y por el que incluso se reconvenía solicitando la prescripción adquisitiva.

»Por lo que al supuesto que nos ocupa se refiere la primera cuestión a resolver va referida a la calificación del terreno sobre el que los demandados han ejecutado las obras de ocupación, esto es si se trata de zona comunitaria y perteneciente por ende a la Comunidad de propietarios o por el contrario son terrenos de titularidad pública **propiedad** del Ayuntamiento de Vélez-Málaga. Del análisis de la documental aportada, declaraciones de las partes en el acto de la vista y esencialmente el informe emitido por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de fecha 8 de agosto de 2005 se infiere que los terrenos ocupados por los demandados pertenecen a la Comunidad de propietarios. Así señala el citado informe que a la vista del plano de situación aportado y la parcela en el señalada, se observa que según el plano de calificación del PGOU de Vélez-Málaga, está calificada como Sistema de Espacios Libres privado, que según la escritura de declaración de obra nueva y **propiedad horizontal** dicho sistema de espacios libres forma parte de los elementos comunes del EDIFICIO000 . Por tanto, y aun cuando considerando que el demandado obtuvo en su día autorización administrativa para la colocación de cinco juegos de mesas y que asimismo el acerado que afecta a la citada zona es igual que el perteneciente al suelo público, sin embargo dichos datos no deben llevarnos sin más a considerar la zona ocupada por los demandados pertenecen al dominio público, pues del informe y planos aportados, así como las declaraciones de las partes se infiere justamente lo contrario. Sentado lo anterior y considerando este juzgador que la instalación de la terraza, los toldos y la pérgola, suponen una invasión de la zona común del edificio, resulta procedente analizar si los demandados obtuvieron el consentimiento de la Comunidad para realizar las citadas obras, pues cualquier alteración en la estructura o fabricado de un edificio en régimen de **propiedad horizontal** o de sus elementos comunes, de su configuración, o de su estado exterior, afecta al título constitutivo y para su validez se requiere el acuerdo unánime de la Junta de propietarios, según los artículos 7 , 11 y 16 de la Ley de **Propiedad Horizontal** .

»Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la desafección de lo que inicialmente era un elemento común para convertirlo en privativo (que es lo que aquí ha ocurrido) es posible en dos casos: *ab initio* , en el propio título constitutivo de la **propiedad horizontal**, "dando lugar a lo que en realidad y en sentido técnico puede calificarse de "reserva de titularidad" y *a posteriori* , en virtud de acuerdo unánime después de constituido dicho régimen" (STS de 22 de diciembre de 1994 . En igual sentido, se declara que la prohibición del copropietario de alterar o invadir bienes o elementos comunes que se deriva de las normas contenidas en los arts. 3 , 5 , 7.1 y 2 LPH , supone que cualquier alteración que se pretenda llevar a cabo por un comunero debe contra con la autorización de la Junta de propietarios, mediante acuerdo adoptado por unanimidad (art. 17.1 LPH), por implicar una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo, debiendo tal acuerdo ser expreso y con inclusión del voto del copropietario afectado y sin que pueda ser suplido por meros debates

o conversaciones mantenidos durante la celebración de la Junta (no es suficiente que "meramente se trate el tema en la Junta") (STS 4-11-94 , 10-6 y 13-9 de 2002 , 23-2-05 y 19-6-2006 , entre otras muchas".

»De lo expuesto, y tras el análisis de la documental obrante en autos así como las declaraciones de las partes y testigos en el acto de la vista, no ha resultado acreditado la existencia de acuerdo expreso que legitime al demandado para la ocupación de la zona común en cuestión, pues aun cuando existiese conformidad por alguno de los propietarios, ello no sería suficiente, puesto que convertir en zona de uso privativo lo que es zona de uso común implica una clara modificación del título constitutivo que requiere tal como se señalaba anteriormente el acuerdo unánime de los copropietarios. Si bien es cierto que el testigo Sr. Arturo , antiguo presidente de la Comunidad, señaló que la Comunidad no mostró oposición a las obras, sin embargo no consta acuerdo unánime ni expreso de los copropietarios. Llegados a este punto, procede analizar si a falta de un consentimiento expreso de la Comunidad de Propietarios, ha existido un consentimiento tácito que permitiera al demandado la realización de las obras de ocupación. En este sentido debe matizarse que la mera actitud pasiva de la Comunidad que ha permitido durante más de veinte años las obras de ocupación de la zona común, sin acuerdo expreso en contrario, no puede considerarse, una aceptación tácita de las mismas. Señala la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que conocer no es consentir, habiéndose indicado por dicho Tribunal que: "el consentimiento, como manifestación indirecta de la voluntad, viene integrado por hechos concluyentes (*facta concludentia*) y, como tales, inequívocos y terminantes, sin que sea lícito deducirlo de actitudes o expresiones de dudosa significación, ni del mero conocimiento, pues el hecho de conocer no significa por sí mismo consentir (sentencias de 22-12-1992 , 28-6 y 30-12-1993 y 11-7-1994). Asimismo debe señalarse que la aceptación por parte de los copropietarios de la invasión de parte de la zona común por parte de los demandados supone una renuncia a los derechos que sobre las zonas comunes del edificio estos ostentan, renuncia de derechos que según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (sentencias de 5-3, 3-6, 28 y 31-10 y 5-12- 1991, 14-2-1992, 31-10-1996 y 19-12-1997). Por lo señalado estima este juzgador la inexistencia de un consentimiento expreso o tácito de la Comunidad que habilite a los demandados a ocupar parte de la zona común del edificio.

»Finalmente debe analizarse si el ejercicio de la presente acción, transcurridos más de veinte años desde que se realizaran las obras de ocupación de la zona común, debe considerarse un abuso de derecho. La STS de 11 de julio de 1994 establece que solo puede acudir a tal doctrina como remedio extraordinario, en casos patentes y manifiestos, en los que se utiliza el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, solo imbuido del propósito de causar daño u otro interés antijurídico, pero con la importante salvedad, conforme a lo declarado en la sentencia de 29 de julio de 1996, de que no existe el abuso de derecho en quien impetra la protección jurisdiccional para el reconocimiento y defensa de lo que cree su derecho. Doctrina reiterada por la sentencia de 16 de mayo de 2001, que citando la sentencia de 24 de julio de 1997 afirma que no abusa quien hace uso del derecho que le es propio, máxime cuando estamos ante una especial institución en la que se yuxtaponen dos clases distintas de **propiedad**, la privativa sobre el espacio delimitado e independiente de cada miembro y la copropiedad de los demás condueños sobre los elementos comunes (art. 3 de la Ley de **Propiedad Horizontal**), para cuya modificación se requiere el acuerdo unánime (art. 16.13)". De acuerdo con la doctrina antes expuesta no se estima que la Comunidad de propietarios haya ejercitado la presente acción con un manifiesto abuso de derecho, pues parece evidente que la ocupación de la zona común por parte de los demandados le ocasiona un evidente perjuicio al verse limitada la misma.

»En consecuencia con todo lo expuesto, procede estimar la pretensión ejercitada frente a los codemandados D. Luis María y D.^a María Luisa , condenando a las mismos a que cesen en la utilización privativa de la zona común de tránsito, debiendo reponer a su costa, la mencionada zona y la fachada del edificio a su estado originario. Respecto del codemandado Sr. Florencio , constando que a fecha de hoy no es arrendatario del local de negocio, procede absolverle de todos los pedimentos efectuados en su contra.

»Cuarto. En último término ejercita la actora una acción de resarcimiento de daños y perjuicios interesando que se condene a los demandados a abonarle la suma de 4.400 euros por los perjuicios sufridos. Según establece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la de 18 de abril 2000 , es reiterada y notoria doctrina de esta Sala (sentencias de 31 de marzo de 1993 , 15 de febrero de 1994 , 9 de abril de 1996 , por citar algunas) la de que para que pueda decretarse la indemnización de daños y perjuicios es requisito totalmente ineludible que, durante la tramitación del proceso, haya quedado probada la existencia real y efectiva de tales daños o perjuicios.

»Asimismo la SAP de Granada de 3 de diciembre de 2002 establece que es exigible en materia de daños y perjuicios la prueba de su realidad, y además la de su cuantía, siendo la Sala sentenciadora soberana para apreciar, según el resultado de las pruebas, la existencia de daños y perjuicios, así como la cuantía de los mismos o las bases para su fijación en posterior trámite (SSTS de 14 de noviembre de 1932 , 31 de octubre de 1946 , 27 de marzo de 1947 , 14 de octubre de 1952 , 30 de noviembre de 1961 , 12 de febrero de 1976 , 22 de junio de 1989 y 8 de marzo de 1989 , distinguiendo la jurisprudencia los supuestos de falta de prueba respecto a la existencia de los daños y los relativos a falta de acreditación de su cuantía (STS de 5 de junio de 1985 , siendo la cuestión de la existencia de daños y perjuicios, una cuestión de hecho, que exige la prueba de su entidad y cuantía, para que la indemnización sea procedente (SS de 3 de julio de 1986 , 24 de octubre de 1986 y 22 de junio de 1989 correspondiendo a una realidad , SS de 20 de noviembre de 1975 y 13 de abril de 1988 .

»En el supuesto que nos ocupa procede desestimar la pretensión de la actora, pues la misma se limita a interesar una cantidad por la ocupación de la zona común, sin que se aporte prueba alguna que acredite la efectiva producción de unos perjuicios, ni tan siquiera las bases de cálculo de los mismos. Del mismo modo no ha resultado acreditado que las obras de ocupación supongan una amenaza para la estructura o seguridad del edificio pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin.

»Quinto. En materia de costas, no se hará especial pronunciamiento dada la estimación parcial de la demanda. Asimismo y aun habiéndose desestimado la pretensión ejercitada frente al codemandado D. Florencio , no procede imponer las costas causadas a la actora».

TERCERO.- La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 16 de diciembre de 2009, en el rollo de apelación n.º 710/08 , cuyo fallo dice:

«Que desestimándose el recurso de apelación formulado por D. Luis María , representado en esta alzada por el procurador Sr. Torres Beltrán, y el interpuesto por la representación procesal de D. Florencio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vélez-Málaga, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución. Todo ello, con imposición a cada apelante del pago de las costas causadas por sus respectivos recursos».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. Por la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 de Torre del Mar, se formuló demanda de juicio ordinario, contra D. Luis María , contra Dña. María Luisa y contra D. Florencio , recayendo en la instancia sentencia parcialmente estimatoria de las pretensiones ejercitadas frente a D. Luis María y Dña. María Luisa . Por la representación procesal de D. Luis María se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución alegando, en esencia, error en la valoración de la prueba practicada. Así mismo, por la representación procesal de D. Florencio se interpone también recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia, únicamente en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas que le han sido causadas.

»Segundo. Por la parte actora se ejercita la presente acción contra D. Luis María y su esposa, Dña. María Luisa , como propietarios con carácter ganancial de un local comercial sito en el lateral izquierdo del EDIFICIO000 , destinado a un negocio de hostelería, interesando que se les condene al cese de la utilización privativa de la zona común de tránsito y a que repongan la mencionada zona a su estado original, al amparo del artículo 249,1 , 8º de la LEC , en relación con la LPH. Tal y como consta en autos, y se deduce de la certificación registral aportada, el denominado EDIFICIO000 forma parte de la URBANIZACIÓN000 , con una extensión de 800 m2 de los que 400 m2 se refieren a la zona construida y el resto, como zona común, se destina a viales y zona verde, que linda por la izquierda entrando, derecha y fondo con Sociedad Azucarera Larios, en terrenos adquiridos por la URBANIZACIÓN000 y al frente con calle sin nombre. El local **propiedad** de los codemandados, sito en la planta baja en su lateral izquierdo, linda al frente con calle sin nombre, al fondo e izquierda con terrenos de la Sociedad Azucarera Larios adquiridos por la URBANIZACIÓN000 y a la derecha con el resto del local. Los demandados, sin consentimiento de la comunidad, han procedido a la ocupación de la zona destinada al tránsito comunitario, situada en el lateral izquierdo del inmueble, que se corresponde con terrenos propios de la urbanización destinados a viales comunitarios del edificio, mediante la instalación de cerramiento y cubierta de aluminio y cristal. Los terrenos ocupados por los demandados, según el P.G.O.U de Vélez Málaga (folio 213), aparecen calificados como espacios libres privados, por lo que no pueden ser considerados de titularidad municipal, tal y como pretende el apelante, si no que es un espacio de titularidad privada de la Comunidad actora, que se corresponde con los terrenos de su **propiedad** destinados a viales y tránsito y por tanto, con la consideración de elementos comunes de la misma.

»Tercero. La jurisprudencia, en interpretación de la LPH en relación con los arts. 394, 396 y 397 CC, ha venido a establecer una limitación sobre la facultad de los propietarios, de modificar elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de un edificio sometido a dicho régimen jurídico, sometiéndola al *ius prohibendi* de la Comunidad de propietarios por cuanto su ejercicio requiere el previo consentimiento de estos. Ahora bien, esta prohibición tiene un doble ámbito, según la alteración afecta a los elementos y cosas comunes del inmueble y a su estructura o fábrica, en cuyo caso la limitación tiene carácter absoluto, cualquiera que sea la obra ejecutada, o bien se proyecta sobre elementos pertenecientes al piso privativo del interesado o interesados o incluidos en él, en cuyo supuesto la prohibición es relativa y concretada a aquellas modificaciones que menoscaban o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estados exteriores, o perjudiquen los derechos de otro propietario. En línea con lo establecido en el artículo 396 del Código Civil, la Ley de **Propiedad Horizontal** prohíbe a los copropietarios la realización de actos que alteren la configuración de los elementos comunes o perjudique a otros propietarios, salvo que se obtenga el consentimiento unánime de todos los comuneros por implicar verdaderos actos dispositivos afectantes al título constitutivo, que no pueden ser realizados unilateralmente por uno de los comuneros por exceder de su legitimación. De aquí resulta que pueda la comunidad o uno de los comuneros ejercitar una acción negatoria, de cesación, que impida la persistencia en el perjuicio en la extralimitación de las facultades dominicales reconocidas en el Código Civil y la LPH. En el presente supuesto, la ocupación y las obras realizadas por el recurrente y su esposa se proyectan sobre elementos comunes como son los viales, zonas de tránsito comunitario y la fachada, por lo que en estos casos, dichas modificaciones que implican la ocupación de un elemento común para destinarlo a fines privativos y suponen, además, una alteración de la configuración del edificio, no pueden ser realizadas sin el consentimiento de la Comunidad o contrariando los acuerdos que en este sentido se hayan adoptado al efecto. Y así, los demandados vienen obligados a reponer a su estado original la zona común ocupada, retirando las obras realizadas sobre la misma.

»Cuarto. Se alega igualmente por el recurrente, en cuanto a la alteración de la fachada del inmueble, que concurre un consentimiento tácito por parte de la Comunidad actora. Olvida que tal alteración deviene de la ocupación de una zona común para hacer uso privativo de la misma, lo que implica una modificación del título constitutivo y por tanto necesitaría el consentimiento expreso y unánime de los comuneros, en cuanto supone una renuncia de sus derechos sobre la zona común ocupada. Y ello nos lleva a la doctrina sobre el consentimiento tácito aplicada por nuestra jurisprudencia en casos como este. Aquí se ha de echar mano de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 13.7.1995, con remisión a otras de 21.5.1982, 28.4.86, 28.4 y 16.10.1992, y que siguen otras de Barcelona, Sección 11.ª, de 11.2.2000 y de Valladolid, Sección 3.ª, de 2.7.1999, que tras reconocer la necesidad de consentimiento de los comuneros para alterar elementos comunes del inmueble, admite el consentimiento tácito de los mismos, derivado del transcurso pacífico de un largo periodo de tiempo, sin formular reclamación alguna, lo que se dice "debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio", pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, debiendo añadirse seguidamente que si bien en el presente caso la Comunidad actora no ha ejercitado ninguna acción judicial hasta la presente que nos ocupa, sí constan requerimientos expresos en distintas Juntas de Propietarios celebradas, al menos desde el año 1997, requiriendo a los demandados para que cesaran la ocupación o retribuyeran a la Comunidad por su uso, lo que a las claras vislumbra que esta nunca renunció o hizo dejación de los derechos que le correspondían sobre la zona común indebidamente ocupada por los demandados, ni mucho menos consentía la actuación que venía realizándose por el ahora recurrente, lo que lleva igualmente a desestimar este motivo de su recurso.

»Quinto. Por último, se alega por el recurrente que la Comunidad actora incurre en abuso de derecho, al ejercitar la presente acción. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación al abuso del derecho, define el mismo como aquellos actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto o normas en que se amparan. Aplicando esta doctrina al caso de autos el motivo no puede prosperar. En primer lugar no se aprecia, y ni tan siquiera se denuncian, irregularidades o violaciones de precepto legal alguno. En segundo lugar, no se constata que la única intención de la Comunidad de propietarios fuera perjudicar a los demandados, actuando de manera inmoral o antisocial, o excediéndose en el ejercicio de su derecho, pues su única pretensión fue hacer estricto y legítimo uso del derecho que legalmente tienen reconocido, en defensa de los intereses comunes, no apreciando ninguna actitud de fraude de ley, ni de abuso de derecho, ni contraría a la existencia de la buena fe. Razones que llevan a desestimar el recurso entablado por el Sr. Luis María.

»Sexto. Por la representación procesal de D. Florencio se formuló, a su vez, recurso de apelación contra el pronunciamiento sobre las costas que le fueron causadas en la instancia, entendiendo que al ser absuelto de las pretensiones deducidas en su contra, estas deberán ser abonadas por la actora. Al respecto cabe decir que inicialmente la demanda se dirigió únicamente contra D. Luis María, contra Dña. María Luisa

, como propietarios del local perteneciente a la Comunidad de Propietarios actora, si bien estos alegaron la figura del litisconsorcio pasivo respecto del Sr. Florencio , como arrendatario del local, al poder quedar este afectado por la cesación en la ocupación de la zona común y retirada de las obras allí realizadas. Admitido el litisconsorcio y emplazado que fue el ahora recurrente, este compareció en autos en su calidad de arrendatario del local y negocio en él explotado, suscrito el 12 de junio del 2002, contestando y oponiéndose a la demanda. A lo largo del procedimiento se extinguió el citado arrendamiento, por lo que no podía ser condenado a desalojar la zona ocupada, ni a retirar las obras realizadas, habiéndose producido, respecto del mismo, una carencia sobrevenida del objeto del litigio, lo que por aplicación del artículo 22 de la LEC , supone el dictado de una sentencia absolutoria de las pretensiones deducidas en su contra, sin pronunciamiento sobre las costas. Razones que llevan a desestimar el recurso entablado sobre este particular.

»Séptimo. Desestimándose los recursos interpuestos, cada apelante deberá abonar las costas causadas por su recurso, al rechazarse sus pretensiones, a tenor de lo establecido en el artículo 398 de la LEC ».

QUINTO.- La parte demandada, D. Luis María , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por interés casacional, articulándolo en tres motivos.

El motivo primero se introduce con la fórmula:

«Primero. Por interés casacional. Por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al cumplimiento de los requisitos que se exigen para que pueda prosperar una acción reivindicatoria».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Extracta el FD Segundo de la sentencia recurrida.

Dicho fundamento explica las razones por las que entiende que existe una perfecta identificación de la zona reivindicada.

La parte recurrente entiende que tanto la demanda como la sentencia de apelación vulneran la doctrina del TS sobre los presupuestos para que pueda tener éxito dicha acción.

Cita las SSTs de 27 de noviembre de 1987 y 8 de abril de 1994 .

Falta el requisito de la perfecta identificación de la finca reivindicada, siendo necesario que el terreno reclamado sea el mismo que los títulos de **propiedad** amparan, con fijación precisa de su cabida, linderos y situación.

La sentencia de apelación se refiere a la documental, en particular a la nota simple registral que se aporta como documento n.º 7. En opinión de esta parte dicha prueba no acredita la determinación de la cabida. Tampoco acredita la titularidad del dominio reivindicado [se extracta el historial registral de la finca]. En el momento de constitución del edificio en régimen de **propiedad horizontal** no queda probado que fuera titular del terreno que pretende recuperar, y no se puede confundir urbanización con **propiedad horizontal**.

La sentencia recurrida también toma en cuenta como prueba de la titularidad y de la identificación de la zona reivindicada el informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo. Dicho documento no es un título de **propiedad**, y se acompaña de un plano de situación genérico que impide alcanzar una convicción sobre la titularidad dado que ni el informe ni el plano aclaran los metros cuadrados a los que se refiere la **propiedad** de la parte actora y porque el PGOU no se refiere a titularidad sino a calificaciones urbanísticas.

Cita y extracta las SSTs de 20 de marzo de 1982 , 3 de febrero de 1995 y 30 de octubre de 1997 .

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Segundo. Por interés casacional. Por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo para entender la existencia de un consentimiento tácito en el ámbito de la **Propiedad Horizontal** para la alteración de la configuración exterior del edificio».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La AP infringe la jurisprudencia del TS al no atribuir valor de consentimiento tácito a la falta de acción de la comunidad de propietarios durante largo tiempo. La jurisprudencia no exige consentimiento expreso para la alteración de un elemento común; puede hacerse con el consentimiento tácito, por medio de una aquiescencia o tolerancia de los demás propietarios respecto de la situación de hecho creada.

Cita las SSTs de 13 de julio de 1995 , 16 de octubre de 1992 , 26 de mayo de 1986 y 28 de abril de 1986 .

La AP se apoya en la existencia de requerimientos en diversas Juntas de Propietarios, pero lo cierto es que las obras se ejecutaron en 1975, y hasta el primer requerimiento en 1997 pasaron más de 20 años, y más de 30 hasta el ejercicio de acciones judiciales. De la documental obrante se desprende un consentimiento tácito puesto que de forma unánime se acordó reclamar al demandado -Juntas de 1997 y 2002- el pago de una contraprestación en dinero, lo que no habría sido posible de no existir dicho consentimiento. Si este faltara, en lugar de reclamar el pago de dicha contraprestación se habría instado al demandado a cesar en el uso y a retirar los elementos que afectaban a la fachada. Todos estos datos prueban que existió aquiescencia, consentimiento tácito de la comunidad.

El caso presenta similitud con el resultado por SAP, Tarragona, Sección 1ª, de 2 de mayo de 2000 [se extracta].

El motivo tercero se introduce con la fórmula:

«Tercero. Por interés casacional. Artículo 477.2.3º LEC . Inaplicación del artículo 7.2 del Código Civil y de la jurisprudencia que prohíbe el abuso de derecho».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

En el FD Quinto, la sentencia recurrida indica las razones por las que entiende que no existe abuso de derecho por parte de la comunidad, en el ejercicio de las acciones formuladas.

En primer lugar se aduce por la AP que no existe en el ejercicio de la acción judicial infracción de precepto alguno. Esto no se comparte porque la comunidad ha ido en contra de sus propios actos al impugnar judicialmente una situación de hecho - alteración de la configuración exterior del edificio- que ya había aceptado desde mucho antes (consta que al menos en dos ocasiones -Juntas de 1997 y 2002- se reclamó una contraprestación económica, y no se habría reclamado nada si en verdad no hubiera existido aceptación tácita o aquiescencia con dicha situación de hecho).

En segundo lugar la AP aduce que la única intención de la comunidad fue defender sus derechos y no perjudicar a los demandados actuando de forma inmoral o antisocial. Esto tampoco se comparte porque de la prueba obrante resulta que de la retirada de la instalación no resulta beneficio alguno para la comunidad ya que lo único que se conseguiría es que la acera fuera más ancha, y por tanto, el único beneficio sería para el Ayuntamiento puesto que de las fotos obrantes y del acta de reconocimiento judicial se desprende que no existe ningún elemento que separe la zona pública de la supuestamente privada y que el paso no se encuentra acotado.

Incluso si la razón para justificar la reposición de la fachada a su estado original fuera estética la acción también sería abusiva al existir otros pisos con terrazas cerradas contra los que no se ha actuado.

Todo esto supone un ejercicio antisocial del derecho, que se opone a la jurisprudencia del TS.

Cita y extracta la STS de 26 de abril de 1992 .

Se adjunta como documento n.º 2 el repertorio de sentencias indicadas en el escrito de anuncio de recurso de casación.

Termina la parte solicitando de la Sala «[...] dicte sentencia por la que se case la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, estimando el recurso de apelación interpuesto por esta representación contra la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , desestimando la demanda interpuesta por esta, con expresa imposición de las costas a la actora de la primera instancia, por ser procedente en Derecho».

SEXTO.- Mediante auto dictado el 2 de noviembre de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso presentado por la representación procesal de la parte recurrida, Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , se han formulado las siguientes alegaciones:

A) Oposición a la admisión.

Falta de acreditación del interés casacional invocado.

En primer lugar, la comunidad no ejerció la acción reivindicatoria como se aduce de contrario sino la acción prevista en el artículo 249.1.8º LEC .

En segundo lugar, todas las sentencias invocadas se refieren a supuestos de hecho diferentes al enjuiciado. El recurrente debería haber citado jurisprudencia que permita modificar el título constitutivo sin el consentimiento unánime de la Junta, existiendo además expresa oposición de los comuneros y un lucro por

parte del demandado, que ha arrendado a terceros el local con la zona común ocupada. Pero esta doctrina no se puede invocar porque no existe. El recurso incurre en la causa de no admisión de inexistencia de interés casacional (artículo 483.2.3º, inciso segundo, LEC). Basta la lectura de la sentencia recurrida para comprobar que no se opone a la jurisprudencia del TS aplicable al conflicto jurídico.

De la sentencia, tras examinar la prueba obrante, resulta:

- Que la zona ocupada es de titularidad comunitaria.
- Que las obras ejecutadas carecen del consentimiento de la comunidad.
- Que el ejercicio de la acción se hizo en defensa legítima de sus intereses comunitarios.

B) Oposición en cuanto al fondo.

Al motivo primero.

En modo alguno se ha podido infringir el artículo 348 CC en cuanto que no se ha ejercitado una acción reivindicatoria. Nunca se ha pretendido declarar el dominio de la zona común sino que se ha ejercitado la acción del artículo 249.1.8º LEC , en juicio ordinario por razón de la materia, sino que se pedía tan solo el cese de la utilización privativa de la zona común de tránsito y la condena a reponer, a su costa, dicha zona comunitaria y la fachada del edificio, a su estado originario. Por tanto, no era necesario el título de **propiedad** porque no se había puesto en duda esta cuestión. El demandado incurre en evidentes contradicciones. En primer lugar, consta que también el demandado se defendió de esta pretensión y no de una supuesta acción reivindicatoria no ejercitada. Además, en su contestación planteó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (que fue estimada) por considerar que debía haberse demandado también al arrendatario del local, la cual no habría podido esgrimir si, como afirma, la acción ejercitada hubiera sido la acción real reivindicatoria, en cuanto que esta solo puede dirigirse frente al tenedor de la cosa (en este sentido, cita y extracta la STS de 27 de junio de 2000). En tercer lugar, en su escrito de interposición alude al cauce del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC , como corresponde a un pleito seguido por la materia; si la acción ejercitada hubiera sido la reivindicatoria es claro que el acceso a la casación habría sido por la cuantía (artículo 477.2.2º LEC). Se trata de una cuestión nueva, no examinable. A ello debe añadirse que en su fundamentación se limita a exponer su particular visión sobre las pruebas practicadas, cuando la discrepancia sobre estas solo permite su revisión mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, por error patente o arbitrariedad, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.2 LEC .

Recapitulando, el motivo debe rechazarse por varias razones:

- Porque contiene en el planteamiento una cuestión nueva
- Porque el recurrente pretende someter a la Sala sus propias conclusiones probatorias.
- Porque no ha sido utilizado el cauce procesal adecuado para tal propósito.
- Porque de los datos fácticos acreditados por la AP no resulta la infracción de las reglas del discurso lógico.

La identificación de la zona comunitaria queda suficientemente efectuada mediante la prueba de reconocimiento judicial incorporada por lo que la alegación al respecto de la falta de tal identificación es descabellada, no solo a tenor del resto de las pruebas sino también a tenor de su comportamiento en primera instancia, en donde nunca formuló alegación al respecto.

Al motivo segundo.

El interés alegado es artificioso. No se aportan sentencias que guarden semejanza con el supuesto de hecho enjuiciado ni con la razón decisoria de la sentencia recurrida.

Cita y extracta las SSTs de 10 de junio de 2002 y 13 de septiembre de 2002, RC n.º 706/1997 .

Del criterio jurisprudencial expuesto en estas sentencias no se observa infracción alguna en la sentencia recurrida pues consta acreditado la falta de acuerdo expreso de la Junta que legitimara al recurrente para ocupar la zona común de tránsito y para alterar la fachada, existiendo en todo momento una intención de actuar contra los demandados, sin consentimiento tácito ni renuncia de derechos (cita el Libro de Actas, en concreto las de 1979, 1981, 1993, donde la junta se pronuncia en contra de la ocupación de tales zonas comunes, sin que ninguno de estos acuerdos fuera impugnado por el recurrente). La determinación de la existencia o no de consentimiento es una cuestión de hecho, que corresponde a los tribunales de instancia, cuyas conclusiones solo cabe revisar en caso de error patente o arbitrariedad. El mero transcurso del tiempo que no agota el plazo

de prescripción de la acción no impide la reclamación judicial. A falta de prueba sobre el consentimiento tácito y sobre la existencia de actos inequívocos que denoten la aquiescencia de la Junta, no puede apreciarse la infracción denunciada. Y tampoco puede ampararse el recurrente en el valor probatorio como presunción, del supuesto canon que la comunidad cobraba como contraprestación por consentir la ocupación dado que falta la prueba directa de la existencia del mismo. La cita de una sentencia de AP es inadmisble dado que el interés casacional invocado lo es por supuesta oposición a jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera.

Al motivo tercero.

También adolece del vicio de hacer supuesto de la cuestión pues se limita a ofrecer sus conclusiones probatorias obviando los hechos probados. El interés alegado es artificioso dado que las sentencias que se citan se apartan del supuesto de hecho y de la *ratio decidendi* [razón decisoria].

En todo caso:

-La acción se ejercitó antes de su prescripción.

-No ha existido ningún tipo de dejadez o pasividad por parte de la comunidad demandante; la acción no fue sorpresiva sino que fue consecuencia del incumplimiento por el recurrente de los acuerdos comunitarios

- El recurrente ha modificado el título constitutivo sin autorización de la comunidad, desafectando un bien comunitario para usarlo de forma privativa sin cumplir los requisitos que exige al efecto la LPH. La demanda se ha planteado con la única finalidad de defender el patrimonio común.

- No existe prueba que acredite la aquiescencia de la comunidad con otros cerramientos en fachada. En todo caso, no son situaciones equiparables. Por tanto, no se ejercitó la acción con la finalidad abusiva de perjudicar al recurrente sino en defensa del interés legítimo de tutelar los acuerdos comunitarios y el patrimonio común.

Ha sido el recurrente quien ha actuado de mala fe. La comunidad siempre ha pretendido usar las vías legales y las normas de buena vecindad para arreglar el problema. Pero el recurrente se ha negado a cumplir los acuerdos comunitarios, no dejando otra solución que la judicial. Además, ese retraso ha ido en el propio beneficio del recurrente, que se ha beneficiado del alquiler durante años, siendo esta la razón también por la que le interesa dilatar el pleito con recursos. Prueba de la buena fe de la comunidad es que solo se reclamó 48000 pesetas como contraprestación en acta de 1997, cantidad muy inferior a los 7212 euros anuales de renta que cobraba el recurrente en 2002.

Cita y extracta las SSTs de 28 de noviembre de 1967 , 5 de junio de 1972 , 20 de febrero de 1992 , 15 de marzo de 1996 y 13 de febrero de 1995 .

Termina la parte solicitando de esta Sala: [...] la inadmisión del meritado recurso por concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con expresa imposición al recurrente de las costas; de forma subsidiaria, en el caso de que proceda su admisión, solicitamos la desestimación del recurso y la confirmación en su integridad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, con expresa imposición al recurrente de las costas».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 27 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

FD, Fundamento de derecho.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

PGOU, Plan General de Ordenación Urbana.

RC, Recurso de casación.

RCIP, Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

RIP, Recurso extraordinario por infracción procesal.

TS, Tribunal Supremo

SAP, sentencia de Audiencia Provincial.

SSAP, sentencias de Audiencia Provincial.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La comunidad de propietarios del EDIFICIO000 de Torre del Mar (Vélez-Málaga), en cuya planta baja, lateral izquierdo, existía un local de negocio destinado a la actividad de hostelería, demandó al matrimonio propietario de este local (D. Luis María y su esposa) y al arrendatario (D. Florencio) instando el cese del uso privativo de elementos comunes (zona de tránsito y fachada) vinculado a la instalación de una terraza, con cerramiento y cubierta de aluminio y cristal (toldos y pérgola), sin el preceptivo consentimiento unánime de la Junta, y la condena de los demandados a reponer a su costa tales elementos a su estado originario. Asimismo solicitó una indemnización de daños y perjuicios por importe de 4 400 euros.

2. La esposa del propietario fue declarada en rebeldía. Los demás demandados se opusieron alegando: (i) falta de legitimación activa, por carecer de autorización de la Junta para el ejercicio de acciones judiciales; (ii) carácter de dominio público de la zona afectada por las obras y el uso privativo cuyo cesación se interesaba; (iii) subsidiariamente, existencia de consentimiento tácito de la Comunidad; (iv) falta de fundamentación de la indemnización reclamada por daños y perjuicios.

3. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenó al matrimonio propietario del local al cese del uso privativo sobre la zona común de tránsito, y a reponer, a su costa, la mencionada zona y la fachada, a su estado originario, y absolvió al arrendatario del local. Sus principales razonamientos fueron, en síntesis, los siguientes: a) la legitimación activa de la Comunidad demandante deriva del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios el 21 de agosto de 2003, del que se infiere que se le autorizó para el ejercicio de acciones judiciales contra los demandados; en todo caso, la demanda fue presentada por el presidente, que legalmente está legitimado para litigar en beneficio de la comunidad aun sin autorización expresa de la Junta; b) las cuestiones controvertidas se ciñen a determinar si las obras afectan a zona común o de dominio público; en el primer caso, a si las mismas alteran o no la configuración exterior del edificio; y en caso afirmativo, a si la acción de la comunidad ha de considerarse pese a todo como abusiva y a si tiene cabe reconocer a la comunidad derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de dichas obras; c) Citando la SAP de Jaén de 10 de octubre de 2003 , se afirma que los patios de luces son elementos comunes, cuya naturaleza permanece aunque se atribuya el uso privativo a un comunero, de manera que este uso privativo no le permite realizar obras que afecten a la estructura o destino de dicho elemento o a su configuración sin el consentimiento unánime de la Junta (art. 7.2 LPH); d) de la prueba practicada resulta claramente que los terrenos ocupados son parte de lo que el PGOU denomina Sistema de Espacios Libres privados, y por ende, que son **propiedad** privada de la Comunidad demandante y no terrenos públicos del Ayuntamiento; esa prueba acredita que la ocupación de esa zona común se hizo sin contar con el procedente consentimiento unánime expreso de la Junta, y tampoco la mera pasividad de la comunidad durante veinte años puede considerarse como un consentimiento tácito, en la medida que la aceptación de los copropietarios de la invasión de una zona común supone una renuncia de derechos, que para que sea eficaz, debe ser expresa y contundente; la comunidad no incurrió en abuso de derecho a pesar de accionar transcurridos veinte años, dado la ocupación de la zona común le causaba un evidente perjuicio, si bien no cabe acoger la pretensión indemnizatoria por falta de prueba. Se absuelve al arrendatario porque a fecha de la sentencia ya no ostentaba dicha condición.

4. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de los demandados (el arrendatario solo impugnó el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia) y confirmó la sentencia apelada. La sentencia razonó, en síntesis, y por lo que interesa para resolver el recurso de casación, lo siguiente: a) que el matrimonio demandado era dueño en régimen ganancial del local litigioso, sito en la planta baja, lateral izquierdo, del EDIFICIO000 , en el que se había instalado un negocio de hostelería; b) que los demandados, sin consentimiento de la comunidad, procedieron a ocupar el lateral izquierdo del edificio, terrenos privativos destinados al tránsito comunitario y la propia fachada, mediante la instalación de un cerramiento y cubierta de aluminio y cristal; c) que tales obras suponían una alteración de elementos comunes con afectación de la configuración del edificio, para cuya realización es preceptivo el consentimiento unánime de la Comunidad (inexistente); d) que a falta de expreso consentimiento, tampoco cabe deducir la existencia de consentimiento tácito del hecho de que la comunidad esperase a formular demanda casi veinte años pues «constan

requerimientos expresos en distintas Juntas de Propietarios celebradas, al menos, desde el año 1997, requiriendo a los demandados para que cesaran en la ocupación o retribuyeran a la comunidad por su uso»; e) que tampoco la comunidad incurrió en abuso de derecho pese al tiempo transcurrido pues no consta que su intención única fuera perjudicar a los demandados sino que fue hacer estricto y legítimo uso de su derecho, en defensa de intereses comunes.

5. La representación procesal de D. Luis María formula recurso de casación al amparo del artículo 477.2.º LEC, por interés casacional. La parte recurrida personada se ha opuesto a la admisión del recurso y, subsidiariamente, su estimación.

SEGUNDO.- Admisibilidad .

La parte recurrida se ha opuesto a la admisión del recurso aduciendo que el interés casacional invocado es inexistente o artificioso. Esta alegación será examinada en relación con los motivos de casación formulados (STS de 29 de diciembre de 2012, RC n.º 1163/2009).

TERCERO.- Enunciación del motivo primero de casación.

El motivo primero se introduce con la fórmula:

«Primero. Por interés casacional. Por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al cumplimiento de los requisitos que se exigen para que pueda prosperar una acción reivindicatoria».

Sobre la base de entender ejercitada una acción reivindicatoria dirigida a recuperar la zona ocupada, el recurrente considera infringida la jurisprudencia de esta Sala relacionada con los presupuestos que han de concurrir para su estimación, por falta de acreditación de los mismos.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Delimitación del objeto de debate.

A) Como manifestación de principio dispositivo, corresponde a la parte demandante elegir la acción concreta que mejor conviene a su interés jurídico o a su oportunidad procesal. Esta facultad no desaparece cuando del relato histórico se desprende la posibilidad de realizar distintas calificaciones determinantes de distintas acciones (STS de 16 de septiembre de 2010, RCIP n.º 1924/2006). La identificación de la concreta acción ejercitada tiene lugar por la *causa petendi* [causa de pedir] y *petitum* [lo que se pide], entendido este último como conjunto de hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la pretensión.

El problema de la identificación de la acción se halla vinculado con el deber de congruencia de las sentencias, que exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso sin alteración de la causa de pedir ni de los términos en que quedó planteada la controversia entre las partes (SSTs de 11 de febrero de 2010, RC n.º 2524/2005 ; 21 de enero de 2010, RC n.º 2349/2005 y 28 de noviembre de 2011 , RCIP n.º 1174/2009) dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente (SSTs de 30 de abril de 2012 , RCIP n.º 652/2008 ; 26 de marzo de 2012 , RIP n.º 1185/2009 ; 29 de enero de 2012 , RIP n.º 2127/2009 ; 10 de enero de 2012 , RIP n.º 894/2009 ; 7 de noviembre de 2011 , RCIP n.º 1430/2008 ; 26 de octubre de 2011 , RCIP n.º 1345/2008 ; 10 de octubre de 2011 , RCIP n.º 1331/2008 ; 20 de julio de 2011 , RCIP n.º 97/2008 y 14 de marzo de 2011 , RCIP n.º 1271/2007).

Según ha señalado de manera constante esta Sala (SSTs de 7 de junio de 2010, RC n.º 1039/2006 ; 28 de abril de 2010, RC n.º 707/2006 y 4 de noviembre de 2010, RC n.º 514/2007 , entre las más recientes) 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 de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso).

Dicho conflicto, que ha de existir y ser acreditado por la parte, ha de venir referido al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, y de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, siendo improcedente todo intento de recurso en el que el interés casacional invocado se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.

En esta línea, también se ha dicho que, en la modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera, la doctrina invocada no ha de ir referida a un supuesto de hecho idéntico o semejante a aquel sobre el que versa el litigio en el que se invoca, pero sí ha de ir referido a la misma cuestión jurídica, ya que ello es imprescindible para que el recurso cumpla la función unificadora a la que

está ordenado; no cabe confundir la acreditación de interés casacional por vulneración de la doctrina de este Tribunal con la invocación de determinado criterio de esta Sala sobre una cuestión más o menos relacionada con el litigio, en apoyo de los argumentos de la parte recurrente, pues, en los supuestos de acceso por la vía de interés casacional, lo relevante no es la infracción legal cometida, sino que concurra alguno de los casos que taxativamente prevé el artículo 477.3 LEC, ya que solo entonces será legalmente interesante que el Tribunal Supremo examine una específica vulneración de norma sustantiva en un concreto pleito.

B) En aplicación de este conjunto normativo y jurisprudencial se ha de rechazar la infracción denunciada, pues se invoca una doctrina atinente a una materia que resulta por completo ajena a la controversia y, por ende, a la razón decisoria de sentencia recurrida, la cual ha resuelto sobre las únicas pretensiones que fueron objeto del proceso (entre las que no se encontraba la pretensión reivindicatoria del dominio sobre el elemento común usado privativamente por el recurrente) con pleno respeto a la causa de pedir y a los términos en que quedó planteada la controversia entre las partes.

Contrariamente a lo que se sostiene, la acción ejercitada en la demanda no fue la reivindicatoria que contempla el segundo párrafo del artículo 348 CC («el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla») sino la acción que deriva de lo preceptuado con carácter general en el artículo 397 CC y con carácter especial del régimen establecido en los 7, 9 y 12 LPH (que regulan el deber que pesa sobre todos los comuneros de respetar los elementos comunes, con uso adecuado de los mismos que no comporte su alteración) al objeto de impedir el aprovechamiento privativo de un elemento común por parte de un comunero, sin consentimiento unánime de los demás, y de lograr la reposición de ese elemento a la situación originaria. Así resulta de los términos en que está redactado el suplico de la demanda, que, como se ha dicho, es el parámetro comparativo a efectos de congruencia, y también de la propia fundamentación jurídica contenida en el cuerpo de aquella, donde en ningún momento se alude a la acción reivindicatoria ni se cita el artículo 348 CC. Además, en lógica correspondencia, y por tratarse de una acción a la que la ley predetermina un cauce procesal en atención a la materia, se consideró procedente el juicio ordinario en atención a esta (artículo 249.1.8º LEC) y no por razón de la cuantía litigiosa (como habría ocurrido si la acción planteada hubiera sido la reivindicatoria). Finalmente, del escrito de contestación resulta igualmente que el hoy recurrente no se defendió de esa supuesta acción reivindicatoria sino de la pretensión de que se le condenase a cesar en el uso que hacía de un elemento que no consideraba común. En esta tesitura cabe concluir que la sentencia recurrida respondió a la controversia en los términos en que fue planteada, por completo distintos de los que ahora se sugieren, por lo que no puede prosperar el intento de alterar el debate ni de cuestionar aquella decisión mediante la invocación de una supuesta contradicción jurisprudencial respecto de una doctrina sobre los presupuestos de una acción no ejercitada ni debatida (en particular, respecto del deber de acreditar la titularidad), que por ende no resulta de aplicación al objeto litigioso y que se aparta completamente de la razón decisoria. Además, la apreciación del carácter privado de los terrenos ocupados es el resultado de la valoración libre y conjunta de las pruebas obrantes (de entre ellas, el PGOU de Vélez-Málaga), y la parte recurrente sustenta su discurso en sus particulares conclusiones probatorias (de ahí que aluda a la valoración que a su juicio le merecen determinados documentos), al margen de la base fáctica de la sentencia impugnada, cuya revisión, como se ha dicho, no es posible en casación y solo se admite de forma excepcional en el recurso extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- Enunciación del motivo segundo de casación.

El motivo se introduce con la fórmula:

«Segundo. Por interés casacional. Por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo para entender la existencia de un consentimiento tácito en el ámbito de la **Propiedad Horizontal** para la alteración de la configuración exterior del edificio».

Este motivo plantea la controversia que constituye núcleo esencial del presente recurso de casación, referente a la suficiencia del consentimiento tácito para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes, y, en el caso enjuiciado, a la posibilidad de deducir dicho consentimiento tácito de la falta de acción de la comunidad demandante durante largo tiempo, es decir, de la aquiescencia o tolerancia respecto de la situación de hecho creada y mantenida. Aduce el recurrente al respecto que las obras litigiosas se ejecutaron en 1975, y que la comunidad dejó transcurrir más de 20 años hasta el primer requerimiento en Junta (efectuado en 1997) y más de 30 hasta la presentación de la demanda, constando en la documental obrante la reclamación de una contraprestación dineraria por el uso privativo del espacio común que solo se explica de mediar la aprobación o el consentimiento comunitario. Pretende justificar el interés casacional invocado en la doctrina fijada por esta Sala en SSTs de 13 de julio de 1995, 16 de octubre de 1992, 26 de mayo de 1986 y 28 de abril de 1986.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- *Uso de elementos comunes por un copropietario. Consentimiento tácito. Doctrina jurisprudencial.*

A) El consentimiento que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de **propiedad horizontal** puede ser tácito. No obstante el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. En definitiva, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado por esta Sala que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese consentimiento. Por ello deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento (SSTS de 23 de octubre de 2008, RC n.º 1332/2003 ; 5 de noviembre de 2008, RC n.º 1971/2003 ; 26 de noviembre de 2010, RC n.º 2401/2005 , 12 de diciembre de 2011, RC n.º 608/2009 ; 9 de febrero de 2012, RC n.º 970/2009 ; 9 de febrero de 2012, RC n.º 887/2009 y 29 de febrero de 2012, RC n.º 1163/2009).

B) La aplicación de esta doctrina relativa al consentimiento tácito, no permite, como defiende el recurrente, estimar este motivo.

La AP considera probado que las obras realizadas por el recurrente y por su esposa incidieron en elementos comunes de la comunidad demandante tales como viales, zonas de tránsito y fachada, así como que se ejecutaron sin mediar el expreso consentimiento de aquella. Por lo que respecta al valor del consentimiento tácito, sin ignorar la jurisprudencia de esta Sala que el recurrente invoca como infringida (la sentencia dice ampararse, entre otras, en las SSTS de 13 de julio de 1995 y 16 de octubre de 1992) la AP concluye que las circunstancias concurrentes impiden atribuir a la conducta desplegada por la comunidad durante los años que precedieron a la presentación de la demanda el valor de una aprobación tácita de las obras toda vez que constan acreditados varios requerimientos expresos efectuados en distintas juntas de propietarios celebradas al menos desde el año 1997, instando a los demandados a que cesaran la ocupación o al menos retribuyeran a la comunidad por el uso privativo. Esta conclusión es conforme con la doctrina referida pues el contenido de tales requerimientos es inconciliable con una voluntad inequívoca y contundente de renunciar a sus derechos sobre los elementos comunes afectados, y por tanto excluye una aceptación tácita y unánime de las obras y de la ocupación consiguiente por parte de los demás comuneros. La circunstancia de que se llegara a plantear y reclamar una compensación económica por dicho uso no puede tener otra significación que la de hacer patente la intención de la comunidad de ejercer sus derechos en cualquiera de las formas permitidas sobre los elementos de su **propiedad**.

SÉPTIMO.- *Enunciación del motivo tercero de casación.*

El motivo se introduce con la fórmula:

«Tercero. Por interés casacional. Artículo 477.2.3º LEC . Inaplicación del artículo 7.2 del Código Civil y de la jurisprudencia que prohíbe el abuso de derecho».

Este motivo guarda estrecha relación con el precedente y suscita la cuestión de si debe considerarse abusivo el ejercicio judicial de un derecho mucho tiempo después de haberse realizado la actuación -obras- que vino a limitarlo. El recurrente defiende que la comunidad hizo un ejercicio abusivo y antisocial de su derecho, de una parte, porque fue contra sus propios actos al impugnar judicialmente una situación de hecho que había aceptado desde mucho tiempo antes (insistiendo en que reclamó una contraprestación en dinero como prueba de esa aceptación) y, de otra parte, porque su intención no fue salvaguardar el interés general de la comunidad sino causar un perjuicio al recurrente, en tanto que, según su tesis, de la retirada de la instalación no resultaba beneficio alguno para la comunidad sino para el Ayuntamiento, al ser público el terreno en el que se asienta, y, respecto de la fachada, existían cerramientos en otros pisos contra los que no se había actuado.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- *Abuso de derecho. Doctrina jurisprudencial.*

A) Según SSTS de 1 de febrero de 2006, RC n.º 1820/2000 , 12 de diciembre de 2011, RC n.º 608/2009 y 9 de febrero de 2012, RC n.º 887/2009 , entre otras, la doctrina del abuso de derecho 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, 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). En materia de **propiedad horizontal**, 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. En definitiva la actuación calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no ha de ser legítima.

B) De la realidad fáctica contemplada por la AP no se aprecia que concurran los requisitos que caracterizan el abuso de derecho. La interposición de la demanda objeto de este procedimiento persigue un fin claro amparado por la norma, como es que no se lleven a cabo alteraciones en elementos comunes de un inmueble sometido al régimen de **propiedad horizontal**, si no es con la autorización unánime de los copropietarios. La sentencia descarta cualquier vulneración normativa en el ejercicio de su derecho o que la comunidad se moviera guiada por el ánimo de perjudicar a los demandados, entre ellos el recurrente, y los hechos probados sustentan esta conclusión habida cuenta que la razón por la que se esperó bastante tiempo para reclamar la tutela judicial fue el caso omiso que el recurrente hizo a los requerimientos efectuados en sucesivas juntas de propietarios, que expresaron la disconformidad de la comunidad con la situación de hecho creada, sin que por el contrario conste probado el pretendido trato desigual respecto de otros comuneros con cerramientos en la fachada, ni pueda aceptarse que sean situaciones equiparables. En suma, la actuación de la demandante se funda en una justa causa y su finalidad es legítima (la defensa del interés general de la comunidad asegurando el correcto uso de los elementos comunes por todos los propietarios) por lo que no puede ser calificada su pretensión como abusiva y la vulneración de la doctrina analizada, cuya infracción denuncia la parte recurrente, únicamente se comprende desde una apreciación fáctica diferente de la expuesta por la sentencia recurrida (en este sentido, basta comprobar que el recurrente insiste en el carácter público municipal de la zona ocupada, marginando que la sentencia deja claro que se trata de zonas comunes del edificio, y que también reitera el valor de tática aprobación que ha de darse a la exigencia de contraprestación económica, interpretación que se ha rechazado al resolver el anterior motivo) lo que no puede conseguirse a través del recurso de casación cuyo objeto se limita a comprobar si la aplicación de la norma es correcta, en atención a los hechos fijados por la sentencia recurrida.

NOVENO.- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación de los tres motivos determina la íntegra del recurso, con el resultado de confirmar la sentencia recurrida.

De conformidad con el artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394 LEC , las costas del mismo se imponen a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis María contra la sentencia de 16 de diciembre de 2009, dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo n.º 710/08 , dimanante del juicio ordinario n.º 142/04, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Vélez-Málaga, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

«Que desestimándose el recurso de apelación formulado por D. Luis María , representado en esta alzada por el procurador Sr. Torres Beltrán, y el interpuesto por la representación procesal de D. Florencio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vélez-Málaga, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución. Todo ello, con imposición a cada apelante del pago de las costas causadas por sus respectivos recursos».

2. Declaramos no haber lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Acordamos imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ