

Roj: STS 789/2013

Id Cendoj: 28079110012013100087

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1023/2010

Nº de Resolución: 104/2013

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil trece.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 40/2010 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1409/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valencia, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la procuradora doña María José Juan Baixauli en nombre y representación de don Doroteo y doña Yolanda , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Marina Quintero Sánchez en calidad de recurrente y la procuradora doña María Dolores Hernández Vergara, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Manuel Hernández Sanchís, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , interpuso demanda de juicio ordinario por alteración de elementos comunes, contra los cónyuges don Doroteo y doña Yolanda y contra don Pascual y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<por la que, estimando la presente demanda, condene a los demandados a quitar y demoler las obras de cerramiento que han efectuado en los respectivos jardines-terrazas cuyo uso viene asignado a las viviendas de su propiedad en el complejo DIRECCION000 , dejando los mismos en su situación original, con expresa condena en costas a los demandados>>.

2.- Mediante providencia de fecha 16 de octubre de 2008, al entenderse que las acciones ejercitadas contra los comuneros no pueden acumularse, se requirió al actor para que optara por una de ellas. La parte requerida optó por la acción ejercitada contra los cónyuges demandados don Doroteo y doña Yolanda .

3.- La procuradora doña María José Juan Baixauli, en nombre y representación de don Doroteo y doña Yolanda , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<en la que se desestime la demanda interpuesta contra mis representados, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 11, dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

ESTIMO la demanda presentada por Comunidad de Propietarios DIRECCION000 contra Doroteo y Yolanda y CONDENO a la citada parte demandada a:

- Demoler a su costa las obras de cerramiento que han efectuado en el jardín-terrazza cuyo uso tiene asignado la vivienda de su propiedad en el complejo DIRECCION000 , dejando el mismo en su situación original.

CONDENO a la demandada al pago de las costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Doroteo y doña Yolanda contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2009, dictada en los autos número 1.409/08 por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valencia, resolución que confirmamos, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

TERCERO .- **1.-** Por D. Doroteo Y D^a. Yolanda se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

1. Infracción del principio dispositivo y de justicia rogada (art. 465.4 LEC).
2. Error en la valoración de la prueba e infracción de las normas sobre la carga de la prueba.

Igualmente se interpuso recurso de casación, por interés casacional, fundado en:

1. El acuerdo de 16 de enero de 2004 no fue impugnado.
2. Infracción de los arts. 15 y 16 de la LPH , en cuanto establecen los requisitos de asistencia y convocatoria y 17 en orden a su adopción. Infracción del art. 18 de la LPH . Infracción del principio general de derecho y la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios; infracción del art. 7.2 y doctrina sobre el abuso de derecho.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de enero de 2011 se acordó admitir los recursos interpuestos de casación y de infracción procesal, dando traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Dolores Hernández Vergara, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 presentó escrito de oposición a ambos recursos.

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De lo actuado se deduce que los demandados en su condición de propietarios de la vivienda nº NUM000 de la CALLE000 que forma parte de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 ", cerraron la terraza aneja a la vivienda y que está a la altura de los jardines de la urbanización con cristal y perfiles de aluminio.

La demanda solicitando la demolición del cerramiento por no estar autorizado por la Comunidad se presentó el 1 de octubre de 2008.

En acta de Comunidad, constituida en Junta General Extraordinaria de 16 de enero de 2004, bajo el epígrafe del orden del día "Toldos y cerramientos" se acordó:

"En primer lugar se autoriza por unanimidad de los propietarios asistentes el poder instalar toldos en las ventanas de sus viviendas siempre que sean de color beige, a su vez se autoriza también la instalación en las ventanas de mallorquinas de hierro forjado.

Se propone también el que un arquitecto asesorara a la comunidad referente a lo que se podría o no instalar como cerramiento de los porches, lo que se pedirá al arquitecto encargado de la obra.

En cuanto al tema del cerramiento de las terrazas, los propietarios asistentes, por mayoría no se niegan a que se puedan hacer de las tres maneras siguientes, bien con un estor de tela que habrá de ser del mismo color beige que sean los toldos instalados en la comunidad, celosías de madera, o bien con ventanales de Aluminio y cristal, siempre del resto de las ventanas de la comunidad.

El administrador explicó que en la escritura de obra nueva, los porches o terrazas de las viviendas, constituyen fachada de la misma, por lo que para poder hacer un cerramiento completo de la misma se requiere la unanimidad de los propietarios de la comunidad".

En acta de Junta General de 28 de septiembre de 2004 (folios 128 y ss.) se acordó por mayoría no ejercer acciones judiciales para la retirada del acristalamiento de la terraza.

En acta de Junta General de 7 de noviembre de 2007 se recoge el acuerdo de la comunidad sobre el ejercicio de acciones judiciales contra los ahora demandados.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO .- *Motivo primero. Infracción del principio dispositivo y de justicia rogada (art. 465.4 LEC) .*

Se estima el motivo .

Alegan los recurrentes que el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque el acuerdo no se había tomado por unanimidad y que la Audiencia Provincial, sin que nadie se lo solicitara, declara que no hubo acuerdo "formalmente", sino que en el acta se recogía, meramente, la opinión sobre la cuestión de los vecinos presentes.

Añaden los recurrentes que hubo acuerdo, dado que se votó la propuesta y se aprobó por mayoría como consta en el acta, y que el tema se incluyó en el orden del día.

Esta Sala declara que la Comunidad demandante, ni en la demanda ni en la oposición al recurso, cuestionó la existencia formal de un acuerdo, sino que se limitó a mantener que no era válido al no haberse acordado por unanimidad y sobre dicha cuestión es sobre la que principalmente se debió pronunciar la Audiencia Provincial, la que introdujo, sorpresivamente, una cuestión sobre la que no había surgido debate, cual es si lo acordado tenía la naturaleza jurídica de acuerdo de comunidad o era un mero intercambio de opiniones. En la oposición al recurso y en la demanda la parte demandante alegó que el acuerdo era inexistente porque no se había adoptado por unanimidad, extremo muy diferente a que el acuerdo no se hubiese adoptado; es la notoria diferencia entre la anulabilidad de un acuerdo y la inexistencia del mismo.

Con este proceder en la sentencia recurrida se viola el art. 465.4 LEC , que establece que "*la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461.1*".

Igualmente el art. 216 LEC al referirse al principio de justicia rogada entiende que "*los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales*".

Por lo expuesto, debemos declarar infringidos los preceptos mencionados de forma que en nuestra resolución analizaremos el recurso de casación a la luz de que existió formalmente un acuerdo de comunidad de propietarios (disposición final decimosexta, 7ª de la LEC).

TERCERO . *Motivo segundo. Error en la valoración de la prueba e infracción de las normas sobre la carga de la prueba.*

Se desestima el motivo .

Plantean los recurrentes que se produjo un error en la valoración de la prueba e infracción de las normas sobre la carga de la prueba, sin mencionar los preceptos infringidos, por lo que este motivo que debió declararse inadmitido, se declara desestimado, por infringir lo dispuesto en el art. 471.1 LEC .

RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO .- *Motivo primero. El acuerdo de 16 de enero de 2004 no fue impugnado.*

Motivo segundo. Infracción de los arts. 15 y 16 de la LPH , en cuanto establecen los requisitos de asistencia y convocatoria y 17 en orden a su adopción. Infracción del art. 18 de la LPH . Infracción del principio general de derecho y la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios; infracción del art. 7.2 y doctrina sobre el abuso de derecho .

Se estima el motivo .

Se procede al análisis conjunto de los dos motivos, por su interrelación.

Razonan los recurrentes que el acuerdo que reúne los requisitos de convocatoria, asistencia y votación es válido al no ser recurrido por ninguno de los comuneros, dado que no se recurrió en el plazo de caducidad de un mes, pues, a lo sumo, sería anulable por infracción de norma de la LPH.

Añade que la comunidad permitió el cerramiento, luego decidió no iniciar acciones judiciales contra los ahora recurrentes y cinco años después presenta la demanda que ahora analizamos, lo que iría contra los propios actos y la buena fe, constituyendo abuso de derecho.

Esta Sala viene declarando, entre otras, en la sentencia de 17-12-2009 que:

Con igual posición, la *STS de 18 de abril de 2007 (RJ 2007/2073)*, en su fundamento de derecho tercero, en el párrafo segundo, dice lo que se expone acto continuo:

"La doctrina jurisprudencial que, con alguna excepción, cita la *sentencia de la Audiencia SSTS de 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6278)*, 26 de junio de 1993 (RJ 1993/4789), 7 de junio de 1997 (RJ 1997/6147) y 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5018) sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal, es, como recuerda la *sentencia de 5 de mayo de 2000 (RJ 2000/3990)*, la que se viene manteniendo como más acertada por la moderna doctrina de esta Sala. Más recientemente las *sentencias de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002/4152)*, 25 de enero de 2005 (RJ 2005/1200) y 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1212) explican las diferencias entre nulidad y anulabilidad, sujeta a caducidad, y recuerdan que la jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de Ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al *párrafo 3º del artículo 6 del Código Civil*, y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo (...). Es razón por la que no es posible reprochar a la *sentencia recurrida* la infracción denunciada en el recurso, puesto que se sustenta en una línea jurisprudencial ya superada. Antes al contrario el criterio sostenido, no sólo es el correcto, sino el mismo que se mantiene tras la *redacción* dada por *Ley 8/1999, de 6 de abril*, en el sentido de someter la impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios a las reglas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, con un plazo más amplio y el añadido de nuevos supuestos de impugnación y el abandono de la exigencia de la unanimidad para determinados acuerdos".

De esta consolidada doctrina jurisprudencial se deduce que los acuerdos comunitarios sobre alteración de elementos comunes, que se hayan adoptado por mayoría, pese a requerir la unanimidad, quedarán convalidados si no se recurren en el plazo de treinta días, al tratarse de una infracción de la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 15 a 18 de la LPH).

Por tanto, la acción ejercitada por la Comunidad demandante había caducado por el transcurso de treinta días computados (para la comunidad) desde la adopción del acuerdo en que se autorizaba el cerramiento con cristales y aluminio, a lo que debe añadirse que la demandante ha actuado contra sus propios actos, y en contra de la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas, pues generó una razonable confianza en los comuneros para que pudieran cerrar las terrazas, y luego para reforzar dicho acuerdo, rechazó la posibilidad de ejercer acciones judiciales contra los titulares de las mismas, para cuatro años después acordar que se presentaría la demanda que ahora analizamos, actuando incoherentemente y en abierta contradicción con su planteamiento inicial, lo que no puede perjudicar a quien ya había cerrado su terraza, pues tan arbitrario cambio de opinión solo puede afectar a las modificaciones futuras, pero no a las consolidadas (art. 7 del C. Civil).

Establece la Jurisprudencia:

El principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente -- sentencias, por citar tan sólo en las recientes, de 18 Ene. 1990 , 5 Mar. 1991 , 4 Jun . y 30 Oct. 1992 , 12 y 13 Abr . y 20 May. 1993 , 17 Dic. 1994 , 31 Ene ., 30 May . y 30 Oct. 1995 , 21 Nov. 1996 , 29 y 30 Abr ., 12 May ., 15 Jul ., 30 Sep . y 30 Nov. 1998 , 4 Ene ., 13 Jul ., 1 Oct . y 16 Nov. 1999 23 May ., 25 Jul . y 25 Oct. 2000 , 27 Feb ., 16 y 24 Abr . y 7 May. 2001 , y un largo etcétera.

QUINTO .- Estimado el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Como consecuencia se desestima la demanda y se imponen las costas de la primera instancia a la actora (art. 394 LEC).

Estimados los motivos que se plantearon en segunda instancia, no procede expresa imposición a los entonces recurrentes de las costas de la apelación.

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Doroteo y D.^a Yolanda representada por la Procuradora D.^a Marina Quintero Sánchez contra sentencia de 8 de marzo de 2010 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia .

2. Casar la sentencia recurrida, y, en consecuencia, desestimar íntegramente la demanda, con imposición a la actora de las costas de la primera instancia.

3. No procede expresa imposición de las costas del recurso de apelación.

4. No procede expresa imposición de costas en los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación.

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

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 Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.