

Roj: **STS 989/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:989**Id Cendoj: **28079110012014100119**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/03/2014**Nº de Recurso: **60/2012**Nº de Resolución: **131/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil catorce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 768/2011, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 558/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sagunto, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por el procurador don Ramón Cuchillo García en nombre y representación de Comedor A.M.A.G. S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María José Bueno Ramírez en calidad de recurrente y la procuradora doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez en nombre y representación de Comunidad Mar Azul, en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** El procurador don Ramón Cuchillo García, en nombre y representación de COMEDOR A.M.A.G., S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, ejercitando acción de impugnación de acuerdos comunitarios de propiedad horizontal, contra la Comunidad de Propietarios Urbanización-Apartamentos- EDIFICIO000, representada por su Presidente don Jose Carlos y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que <<estimando íntegramente la demanda, declare contrario a derecho el acuerdo 7º de la Junta de Propietarios de 14 de julio de 2007 por ser contrario a la Ley y condene a la Comunidad de Propietarios demandada a derribar parcialmente el muro y reabrir el acceso frente al local propiedad de mi representada, manteniéndolo en el futuro en tanto no haya un acuerdo unánime que permita su cierre, imponiendo expresamente las costas del presente juicio a la parte demandada>>.

**2.-** El procurador don Gonzalo Sancho Gaspar, en nombre y representación de Comunidad Mar Azul, contestó a la demanda alegando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, falta de competencia objetiva y defecto legal en el modo de proponer la demanda y prescripción, posteriormente, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia <<en la que, estimando todas o alguna de las excepciones que se formulan, se dicte sentencia no entrando a conocer del fondo del asunto y, por ello absolviendo a esta parte de los pedimentos de la demanda; para el caso de que no fueran estimadas las referidas excepciones, se absuelva a mi mandante de los pedimentos formulados en la demanda, declarando válido el acuerdo 7º de la Junta de Propietarios de 14 de julio de 2007 y no se acuerde condenar a la comunidad a derribar parcialmente el muro y reabrir el acceso frente al local propiedad del demandante, todo ello con expresa imposición de costas al demandante por su evidente temeridad y mala fe>>.

**3.-** 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 3 de Sagunto, dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO*



*Que estimando parcialmente la demanda formulada por Comedor A.M.A.G. S.L. contra la Comunidad de Propietarios Urbanización Apartamentos EDIFICIO000 de la CALLE000 NUM002 NUM001 , EDIFICIO000 NUM000 de la localidad de Sagunto, declaro la nulidad de acuerdo 7º de la Junta de propietarios de 14-07-07 y condeno a la comunidad demandada, alternativamente a su elección, a fin de permitir el acceso de público al local del demandante, bien a derribar parcialmente el murete del linde Este de la parcela y reabrir el acceso frente al local propiedad de la demandante, o bien abrir una puerta por el lado Norte justo antes de la puerta de acceso para vehículos, manteniendo el acceso en el futuro en tanto no haya un acuerdo unánime que permita su cierre, con imposición a la actora de las costas del juicio.*

Y con fecha 15 de febrero de 2011, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*Debo rectificar y rectifico el error material en que incurre el fallo de la sentencia recaída en los presentes autos en fecha 31.01.11, debiendo leerse el primer párrafo de su parte dispositiva como sigue:*

*"Que estimando parcialmente la demanda formulada por Comedor A.M.A.G. S.L. contra la Comunidad de Propietarios Urbanización Apartamentos EDIFICIO000 de la CALLE000 NUM002 NUM001 , EDIFICIO000 NUM000 de la localidad de Sagunto, declaro la nulidad de acuerdo 7º de la Junta de propietarios de 14-07-07 y condeno a la comunidad demandada, alternativamente a su elección, a fin de permitir el acceso de público al local del demandante, bien a derribar parcialmente el murete del linde Este de la parcela y reabrir el acceso frente al local propiedad de la demandante, o bien abrir una puerta por el lado Norte justo antes de la puerta de acceso para vehículos, manteniendo el acceso en el futuro en tanto no haya un acuerdo unánime que permita su cierre, con imposición a la demandada de las costas del juicio".*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada Comunidad EDIFICIO000 , la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 21 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

*Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización Apartamentos EDIFICIO000 contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sagunto en fecha 31 de enero de 2011 en autos de juicio ordinario número 558/2007 la que revocamos y en su lugar desestimamos la demanda formulada por la representación de Comedor A.M.A.G., S.L. y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas ocasionadas en la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las devengadas en esta alzada.*

**TERCERO** .- **1.-** Por la representación procesal de COMEDOR A.M.A.G., S.L., se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Único.- Indebida apreciación de infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia del art. 469.1. 2º por no concurrir en la sentencia dictada en Primera Instancia violación de la exigencia de congruencia del art. 218.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Y se interpuso recurso de casación basado en los motivos:

Primero.- Infracción del art. 18 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal en relación con el art. 6.3 del Código Civil y los arts. 90 a 95 y 7 a 10 de la Ley 22/1988 de Costas , pro contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en la sentencia de 11 de junio de 2010 (RC nº 1331/2006 ) y la sentencia de 18 de abril de 2007 (RC nº 1317/2000 ) ( RC nº 2204/2004 ), constitutiva del motivo casacional previsto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo previsto en el apartado 3 del mismo art. 477.

Segundo.- Infracción del art. 18 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal en relación con el art. 6.3 y 7.2 del Código Civil , por contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en la sentencia de 16 de julio de 2009 (RC nº 2204/2004 ) y en la sentencia de 15 de noviembre de 2010 (RC nº 1956/2006 ), constitutiva del motivo casacional previsto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo previsto en el apartado 3 del mismo art. 477.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de junio de 2012 se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación y dar 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 Teresa de Jesús Castro Rodríguez, en nombre y representación de Comunidad EDIFICIO000 , 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 25 de febrero del 2014, en que tuvo lugar.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se declaró acreditado en la sentencia del Juzgado y no contradicho en la sentencia de la Audiencia Provincial que:

<<De las alegaciones de las partes y de la prueba practicada se desprende que el edificio de la comunidad demandada, compuesto de planta baja dividida en cuatro partes o locales independientes -tres de ellos destinados a local de negocio y el nº 3 destinado a aparcamientos- y de cuatro plantas altas con ocho apartamentos por planta, fue construido sobre una parcela o solar que linda por el Este con Camino del Mar. Si nos atenemos a la escritura de declaración de obra nueva y constitución de Propiedad Horizontal de fecha 5-1-68, no solo la parcela, sino también el edificio lindan por el Este con Camino del Mar. Así al constituir el edificio el régimen de propiedad horizontal, se describe el local de negocio nº 1 en planta baja -que es el adquirido por el actor-, el cual mide 105 m2, carece de distribución interior y de paredes laterales, que podrá construir el titular del mismo en cualquier momento. "Dicho bajo comercial recae al Camino del Mar y linda por frente con dicho Camino; por la derecha entrando y espaldas con solar de la finca (...)". Asignándosele una cuota de participación del 1% en relación al total valor del inmueble.

Que en fecha indeterminada la comunidad procedió a vallar la parcela donde se asienta el edificio, pues el vallado o muro perimetral no se describe en la declaración de obra nueva ni en el título constitutivo. Es más, en Junta de Propietarios de fecha 1-12-77, se aprueba la realización de determinadas obras, distinguiéndose entre obras indispensables, necesarias y convenientes, considerándose necesaria la obra consistente en "Vallado lateral del edificio", por lo que el muro que nos ocupa no es de origen.

Que mediante escritura pública de fecha 4-4-00 la mercantil demandante adquirió por compraventa el local comercial nº 1 en la que se reitera que dicho local "recae al Camino del Mar y linda por frente o Este con dicho Camino; por la derecha entrando y espaldas, con solar de la finca (...)".

Que en Junta de Propietarios de fecha 16-08-00 se acordó unánimemente en punto 6º del orden del día "Ruegos y Preguntas", la instalación de una puerta de hierro tipo cancela en el acceso a la Comunidad por el Jardín lado mar con su muelle de cierre, esto es, abriendo un hueco en el murete existente de 1,20 metros de altura, "así como poner placas de Propiedad Privada, señal de prohibido el paso en cada puerta de las existentes en el recinto".

Que en Junta de Propietarios de fecha 22-05-04, el punto 2º del orden del día fue el siguiente: "A consecuencia del inminente cerramiento del local comercial propiedad de Comedor A.M.A.G. S.L., se solicita por dicho propietario a la comunidad autorización para realizar una acera recayente a la cara este de dicha fachada a fin de evitar humedades por quedar más bajo el local que el jardín; asimismo aprovecharemos para que nos indique la forma de cerramiento y negociar cualquier otra opción". Al llegar a ese punto 2º, consta en el acta lo siguiente "Para sorpresa de los asistentes, el objeto de debate queda prácticamente sin efecto ya que el local ha sido totalmente cerrado y únicamente cabe debatir sobre la procedencia o no de hacer la acera, y de la posible ilegalidad de esta obra (...) ...no solo se acuerda no hacer esta acera, sino que, ante la falta de utilidad, se unifique el jardín frontal y se elimine la puerta de hierro que se colocó hace un par de años y se termine el muro de obra". Seguidamente exigen al dueño del local nº 1 que exhiba su licencia municipal para el cerramiento del local y apertura para destinar el local de negocio a la actividad de comercio minorista de alimentación con despacho de pan. Una vez comprobada la existencia de licencia, acuerdan "requerir al Ayuntamiento a fin de que aclare si hubo un error en la concesión de la licencia, así como preguntarle de qué modo se contempla el que una futura actividad en este local tenga acceso de público cuando no tiene ningún linde recayente a la vía pública y por los cuatro lindes está rodeado de zona comunitaria".

En la Junta de 16-8-06 se vuelve a tratar el tema en el punto 8º Ruegos y Preguntas, apartado f, dándose cuenta del informe del Letrado contratado en el sentido de posible nulidad de la licencia municipal otorgada al dueño del local. En Junta Directiva de 17- 2-07 se vuelve a tratar el tema en el punto 5, acordando solicitar que el Arquitecto del Ayuntamiento suscriba las manifestaciones del Letrado a favor de la nulidad de la licencia. En Junta de 26-5-07, punto 5º del orden del día, se da cuenta de la negativa del Arquitecto Municipal a informar sobre lo solicitado por la Comunidad, así como de la petición del dueño del local nº 1 de que se incluya en el orden del día de la próxima junta el estudio y negociación conjunta de un lugar de acceso al público para su local de negocio.



En la siguiente junta de 14-7-07 se prevé ese asunto en el punto 7º del orden del día: "Debate y aprobación, si procede, de la petición de Comedor Amag S.L. para designar conjuntamente con la comunidad un acceso al público desde la calle a su local de negocio. Pautas a seguir". El acuerdo que se impugna en la presente demanda es el adoptado en dicha acta y es el siguiente: "Tras un largo debate, no hay unanimidad para designar un acceso por zona común a dicho local de negocio y crear así una servidumbre de paso".

Según informe de la Demarcación de Costas en Valencia, parte de la parcela donde se asienta el edificio (jardines y vallado perimetral) queda afectada por el Dominio Público Marítimo-Terrestre (DPM-T), de acuerdo con el expediente de deslinde aprobado por la Orden Ministerial de 1-12-94 (que a su vez ratificaba en esa zona, el de OM de 31-5-46). Asimismo, las servidumbres legales (protección y tránsito) también le afectan, incluso a parte del cuerpo edificatorio>>.

**SEGUNDO** .- El Juzgado estimó parcialmente la demanda condenando a la demandada a abrir una puerta y ofreciéndole dos opciones entre las que debía elegir.

La Audiencia Provincial en virtud del recurso de apelación que estimó, acordó la desestimación de la demanda, al haber precluido el plazo para impugnar el acuerdo en el que la comunidad acordó el cierre de la puerta existente en el muro ubicado frente al local de la parte actora.

**TERCERO** .- Antes de analizar el recurso extraordinario por infracción procesal, que versa sobre la forma en que pueda ser condenada la demandada, hemos de entrar en el estudio del recurso de casación, pues su desestimación haría inoperante el estudio del recurso extraordinario por infracción procesal.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**CUARTO** .- *Motivo primero. Infracción del art. 18 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal en relación con el art. 6.3 del Código Civil y los arts. 90 a 95 y 7 a 10 de la Ley 22/1988 de Costas, por contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en la sentencia de 11 de junio de 2010 (RC nº 1331/2006) y la sentencia de 18 de abril de 2007 (RC nº 1317/2000) (RC nº 2204/2004), constitutiva del motivo casacional previsto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo previsto en el apartado 3 del mismo art. 477.*

*Se desestima el motivo.*

Alega la recurrente que el acuerdo comunitario infringe la Ley de Costas 7 y 91.2, al cerrar la puerta de acceso en un muro que está construido sobre suelo de dominio público, por lo que el acuerdo sería **nulo de pleno derecho** por infringir el art. 18 de la LPH.

Ciertamente la doctrina de esta Sala apunta a la posible nulidad de pleno derecho en los casos de contravención por los acuerdos comunitarios de otra ley que no sea la de Propiedad Horizontal.

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 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 establecido, al tratarse de una infracción de la Ley de Propiedad Horizontal ( arts. 15 a 18 de la LPH ) ( STS. 27/2/2013, rec. 1023 de 2010 ).

Aplicada la doctrina al caso de autos, debemos declarar que no nos encontramos ante una violación de la Ley Costas, pues lo acordado por la Comunidad al cerrar la puerta existente en el muro de cierre de la urbanización, no es un acto de ocupación del dominio público, pues esta ya estaba detentado por la Comunidad con la verja existente y anclada al muro, como bien se declara en la sentencia del Juzgado, no contradicha, en este aspecto, por la resolución recurrida de la Audiencia Provincial.

**QUINTO** .- *Motivo segundo.- Infracción del art. 18 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal en relación con el art. 6.3 y 7.2 del Código Civil , por contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en la sentencia de 16 de julio de 2009 (RC nº 2204/2004 ) y en la sentencia de 15 de noviembre de 2010 (RC nº 1956/2006 ), constitutiva del motivo casacional previsto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo previsto en el apartado 3 del mismo art. 477.*

Se estima el motivo.

Procede rechazar la causa de inadmisibilidad alegada, dado que se acreditó el interés casacional, por la contradicción entre la sentencia recurrida y la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Opone la recurrente infracción del art. 18 LPH y que la Comunidad de propietarios incurrió en abuso de derecho al cerrar el paso a su local, a través de la verja existente en el muro de cierre de la urbanización. Que tenía licencia de apertura de comercio minorista de alimentación con despacho de pan y la actitud de la Comunidad está impidiendo el ejercicio de su actividad. Impugna los acuerdos de la Comunidad de 22 de mayo de 2004 y 14 de julio de 2007.

En la sentencia recurrida se entiende que lo verdaderamente impugnado es el acuerdo de 2 de mayo de 2004, en el que se acordó el cierre de la verja, y el plazo para su impugnación había caducado cuando se interpone la demanda el 8 de noviembre de 2007.

Esta Sala debe declarar que en el acuerdo de Comunidad de 2 de mayo de 2004 se decidió cerrar la verja, pero abrir una puerta junto a la de vehículos, y cuando en Junta de 14 de julio de 2007 se solicitó que se le clarificase por dónde podía acceder el público desde la calle a su local, se resolvió:

"no hay unanimidad para designar un acceso por zona común a dicho local de negocio".

Por tanto, no podemos compartir el criterio de la resolución recurrida cuando determina que realmente lo que se impugnaba era el acuerdo de 2 de mayo de 2004, pues tras el mismo, aunque mermadas sus posibilidades de acceso, mantenía la del acceso peatonal común, pero cuando realmente se agrava su situación es tras el acuerdo de 14 de julio de 2007, por lo que procede a recurrirlo, sin subterfugio alguno, pues es en el mismo en el que se le niega cualquier posibilidad de acceso al público.

La recurrida alega que "el acceso existe desde la entrada general de peatones de la comunidad, otra cuestión es que no le interese a él este acceso".

Este aserto queda desvirtuado por el propio contenido del acuerdo impugnado que con claridad prohíbe cualquier acceso.

Declarado por esta Sala (antes por el Juzgado) que era posible la impugnación del acuerdo de 14 de julio de 2007, debemos determinar que por su fecha en relación con la de la demanda (8-11-2007), no había transcurrido el plazo de caducidad determinado en el art. 18 LPH , dado que estamos ante una flagrante infracción de la LPH, pues, por esencia, un local de negocio debe tener expedito el paso del público, y tal local viene configurado como tal en el título constitutivo.

La STS de 16 de julio de 2009 [RC n.º 2204/2004 ] fijó, como doctrina jurisprudencial que «para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría en la Junta de Propietarios de una Comunidad, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de la urbanización, mediante puertas o cancelas, habrá que respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia.» En el mismo sentido la STS de 13 de diciembre de 2011, recurso: 2175/2008 .

La doctrina del abuso de derecho, tal y como declara la *sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2006 (RC n.º 1820/2000 )* se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, 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 será legítima. En el mismo sentido la STS de 9-1-2012, recurso 887/2009 .

De esta doctrina jurisprudencia se deduce la necesidad ineludible de respetar la existencia de un paso hacia el local de negocio, para poder ser explotado conforme a su propia naturaleza comercial de inmueble abierto al público; unido ello a que la comunidad en el ejercicio de sus prerrogativas no puede hacer uso abusivo del derecho a reglamentar el uso de los elementos comunes, en perjuicio de uno de los comuneros, al que se le impide que sus clientes puedan acceder al mismo, de forma que no se le ofreció alternativa alguna a la solicitada.

**SEXTO** .- Estimado el recurso de casación y asumiendo la instancia debemos entrar en el pronunciamiento objeto de condena y en si el fallo dictado en la sentencia del Juzgado estaba viciado de incongruencia como se declaró en la sentencia recurrida y que ha sido objeto, por tal motivo de recurso extraordinario por infracción procesal.

#### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

**SÉPTIMO** .- Único.- *Indebida apreciación de infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia del art. 469.1.2º por no concurrir en la sentencia dictada en Primera Instancia violación de la exigencia de congruencia del art. 218.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

*Se estima el motivo .*

Alega la parte recurrente y actora que en el fallo de la sentencia del Juzgado no se incurre en incongruencia "extra petita", por lo que al declararla incongruente la sentencia de la Audiencia Provincial se incurre en la infracción procesal denunciada.

Consta a esta Sala que en el suplico de la demanda se solicitaba: "...declare contrario a derecho el acuerdo 7º de la Junta de Propietarios de 14 de julio de 2007 por ser contrario a la Ley y condene a la Comunidad de Propietarios demandada a derribar parcialmente el muro y reabrir el acceso frente al local propiedad de mi representada, manteniéndolo en el futuro en tanto no haya un acuerdo unánime que permita su cierre, imponiendo expresamente las costas del presente juicio a la parte demandada".

Por su parte en el fallo de la sentencia del Juzgado consta:

"...condeno a la comunidad demandada, alternativamente a su elección, a fin de permitir el acceso de público al local del demandante, bien a derribar parcialmente el murete del linde Este de la parcela y reabrir el acceso frente al local propiedad de la demandante, o bien abrir una puerta por el lado Norte justo antes de la puerta de acceso para vehículos, manteniendo el acceso en el futuro en tanto no haya un acuerdo unánime que permita su cierre...".

Consta acreditado que la parte demandante en trámite de conclusiones ofreció otra alternativa a la parte demandada, diferente a la contenida en el suplico, para el caso de que la comunidad la considerase menos perjudicial.

En base a esta alternativa en la sentencia se recoge la opción a elección de la parte demandada, al entenderse que si el actor podía pedir lo más, también podía solicitar una solución menos gravosa para la parte demandada.

En la sentencia de la Audiencia se declaró la existencia de incongruencia "extra petita" por entender que en la sentencia del juzgado se resolvía sobre pronunciamientos que no habían sido objeto de la demanda.

El ahora recurrente entiende que no se ha incurrido en incongruencia sino en "una minoración de la petición inicial".

El recurrido apoya el planteamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial, entendiendo que el pronunciamiento alternativo de la sentencia no ha sido debatido.



Esta Sala debe declarar que no concurrió la incongruencia que se declaró en la sentencia recurrida, porque ningún perjuicio se produjo a la parte demandada por la introducción de la cuestión en un estado avanzado del debate procesal, pues:

1. La alternativa contenida en el fallo, era menos gravosa.
2. Si la demanda estimaba que le podía ser más perjudicial, siempre tenía la posibilidad, ofrecida en el fallo de la sentencia del juzgado, de rechazar la entrada por el lado norte.
3. La alternativa ofrecida por la parte demandante fue una muestra de buena fe procesal, frente al total obstruccionismo de la parte demandada que pese a lo que alega en la oposición al recurso, siempre se opuso a la entrada de público al local, a través de los elementos comunes.

Por ello, procede declarar que no concurrió incongruencia en la sentencia del Juzgado, pues solo - *hay incongruencia "ultra petita" (exceso de lo pedido) cuando se concede más de lo solicitado por la parte litigante ( STS de 23 de junio de 2004, RC nº 1803/1998 , 17 de septiembre de 2008, RC nº 4002/2001 .*

En el caso en cuestión la demandada no ha sido condenada a más de lo solicitado, pues si lo entendiere así le bastaría con no aceptar la alternativa que se le ofreció en el fallo de la sentencia del Juzgado.

**OCTAVO** .- Casamos la sentencia recurrida y asumiendo la instancia aceptamos lo acordado en el fallo de la sentencia del Juzgado sobre la acción ejercitada.

**NOVENO** .- Estimados los recursos de casación y el extraordinario por infracción procesal no procede expresa imposición en las costas derivadas de los mismos ( arts. 394 y 398 LEC ).

No procede expresa imposición de costas en la primera instancia al estimarse parcialmente la demanda.

Procede expresa imposición de costas en la segunda instancia a la Comunidad recurrente en apelación.

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

## FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por COMEDOR A.M.A.G. S.L. representada por la Procuradora D.ª María José Bueno Ramírez contra sentencia de 21 de noviembre de 2011 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia .
2. Casar la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Se confirma en todos sus extremos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyo fallo hacemos nuestro.
4. No procede expresa imposición en las costas derivadas de los recursos de casación y el extraordinario por infracción procesal.
5. No procede expresa imposición de costas en la primera instancia.
6. Procede expresa imposición de costas en la segunda instancia a la Comunidad recurrente en apelación.

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. 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.