



Roj: **STS 4048/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4048**

Id Cendoj: **28079110012016100513**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2016**

Nº de Recurso: **2422/2014**

Nº de Resolución: **540/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 914/2014,**
STS 4048/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 282/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Lorca; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Domingo y don Eutimio, representados ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril; siendo parte recurrida la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, representada por la procuradora de los Tribunales doña Teresa Abad Salcedo. Autos en los que también ha sido parte Luz del Sol New Properties, S.L., que no se ha personado ante este **Tribunal Supremo**. **ANTECEDENT**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La representación procesal de la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000, interpuso demanda de juicio ordinario contra Luz del Sol New Properties, S.L., don Eutimio y don Domingo, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«...estimando íntegramente la demanda, se declare la ilicitud de las tuberías del desagüe instaladas por los demandados y descrita en el cuerpo de esta demanda, condenándoles a retirar las tuberías y conducciones instaladas en el techo del garaje del Edificio para la evacuación de aguas residuales, hasta conectar con las bajantes comunes, reponiendo las cosas a su estado anterior, con el apercibimiento de ejecutarse a su costa. Todo ello con imposición de costas a dichos demandados.»

2.-1.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Eutimio contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

«... se dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda por prescripción de la acción ejercitada por la actora, habida cuenta de que han transcurrido más de quince años desde la instalación de tuberías de desagüe, y teniendo en cuenta que durante todo este tiempo los propietarios y Comunidad han consentido de forma inequívoca las obras realizadas en el año 1992 absolviendo a mi principal de todos los pedimentos deducidos en la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»



2.2.- La representación procesal de don Domingo contestó asimismo la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado,

«... dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda habida cuenta de las amplias facultades que la Escritura de División Horizontal otorga a mi defendido para realizar las obras necesarias sin menoscabo de la seguridad del edificio y sin consentimiento del común de los propietarios, sin perjuicio de que han transcurrido más de once años desde la instalación de tuberías de desagüe, y teniendo en cuenta que durante todo este tiempo los propietarios y Comunidad han consentido de forma inequívoca las obras realizadas en el año 1998 absolviendo a mi principal de todos los pedimentos deducidos en la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

2.3.- Por auto de 10 de mayo de 2011, se estimó el desistimiento expresado por la actora respecto de la mercantil Luz del Sol New Properties, S.L.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Lorca, dictó sentencia con fecha 9 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Chuecos Hernández, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 ", contra D. Eutimio y D. Domingo, ambos representados por el Procurador Sr. Sánchez Renovales, debo condenar y condeno a aquéllos a retirar las instalaciones de saneamiento para la evacuación de aguas residuales que discurren por el forjado que forma el techo del sótano del edificio, desde sus respectivos locales hasta conectar con el tubo colector general, reponiendo las cosas a su estado anterior, con apercibimiento de ejecutarse a su costa, e imponiendo a los demandados, por partes iguales, el pago de las costas procesales causadas en los presentes autos.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal don Eutimio y don Domingo, y sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que, desestimando el recurso de apelación promovido por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Renovales, en nombre y representación de D. Eutimio y D. Domingo, frente a la sentencia de fecha 9/11/12, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Lorca en autos de procedimiento ordinario tramitados con el n.º 282/09, del que dimana el rollo n.º 141/13, confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante.»

TERCERO.- El procurador D. Romualdo Catalá Fernández de Palencia, en nombre y representación de D. Eutimio y D. Domingo interpuso recurso de casación por interés casacional fundado en los siguientes motivos:

1.º- Por infracción del artículo 1964 CC en relación con la jurisprudencia de esta Sala y contradicción entre Audiencias Provinciales.

2.º- Por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento tácito.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 2 de marzo de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, dando traslado del mismo a la parte recurrida Comunidad de Propietarios DIRECCION000, mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora Dª María Teresa Abad Salcedo.

QUINTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 20 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 de Lorca interpuso demanda contra los propietarios de los bajos del edificio, «Luz del Sol New Properties, S.L.», don Eutimio y don Domingo, en ejercicio de acción para la eliminación de obras in consentidas en elementos comunes del mismo.

La acción se formula para la supresión de las conducciones que fueron instaladas por los demandados en el forjado superior del garaje del edificio, mediante perforación en varios puntos, con la finalidad de dotar de una red de saneamiento a sus respectivos locales comerciales, con la consiguiente obligación de los demandados de reponer el elemento común al estado en que se encontraba antes de la realización de las mentadas obras.

Los demandados se opusieron a dichas pretensiones. En concreto el propietario del local A, don Eutimio, opuso la excepción de prescripción por entender que el plazo para el ejercicio de la acción era de quince



años y había transcurrido ya en el momento de interposición de la demanda por cuanto las obras fueron ejecutadas en el verano de 1992 en el local A y en 1998 en el local B. Asimismo se alegó que en todo caso existía un consentimiento tácito de la comunidad demandante respecto de las obras realizadas dado el tiempo transcurrido.

La sentencia de primera instancia estima la demanda y condena a las demandadas a retirar las instalaciones de saneamiento para la evacuación de aguas residuales que discurren por el forjado que forma el techo del sótano del edificio, desde sus respectivos locales hasta conectar con el tubo colector general, reponiendo las cosas a su estado anterior. Desestima la excepción de prescripción alegada por la parte demandada puesto que se trata de una acción de carácter real en tanto que se dirige al reintegro de un elemento común al estado y situación anterior a las obras frente a quien se reconoce promotor de las mismas siendo entonces el plazo de prescripción de treinta años. Cita la doctrina de esta sala contenida en las sentencias de 13 de julio 1995 , 11 de noviembre de 2002 y 6 de febrero de 2012 y considera que no existe consentimiento tácito por parte de la comunidad de propietarios.

Se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, dictó sentencia de fecha 8 de julio de 2014 que desestimó el recurso de apelación, confirmando lo resuelto por la sentencia de primera instancia.

Sostiene la sentencia recurrida que la naturaleza personal o real de una acción viene determinada por la esencia de la petición que contiene, de tal suerte que una reclamación que versa sobre la afectación de la estructura de determinada edificación producida como consecuencia del proceder de alguno de los copropietarios debe considerarse de naturaleza real, pues lo discutido es el respeto de cada propietario al estado general de la edificación por lo que el plazo de ejercicio de las acciones del artículo 7.2 de la LPH es siempre el de treinta años.

Recurren en casación los demandados don Eutimio y don Domingo .

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso se formula por infracción del artículo 1964 CC , referido a la prescripción, y viene fundamentado en interés casacional por oposición de la sentencia impugnada a la doctrina de esta sala y por la contradicción existente entre la posición mantenida por distintas Audiencias Provinciales sobre la naturaleza real o personal de la acción entablada, ya que si fuera de carácter personal -como se sostiene en el recurso- dicha acción habría prescrito por aplicación del plazo de quince años establecido en el artículo 1964 CC , en su anterior redacción aplicable al caso.

La acción entablada pretende obtener una condena de los demandados a reintegrar a su estado anterior el forjado que cubre el sótano y que ha sido alterado para pasar a través del mismo ciertas conducciones de desagüe. De ahí que el carácter real de la acción resulte indiscutible.

Lo característico de la acción real es que proporciona al titular de un derecho de tal clase la facultad de dirigirse judicialmente, y de manera directa, al bien o la cosa que es objeto de su derecho. La acción real facilita la reipersecutoriedad al conferir a su titular el poder de activar la maquinaria judicial para restituirle en su derecho. La acción personal responde a una relación jurídica entre personas de modo que únicamente puede dirigirse la acción contra el obligado o, en su caso, contra quienes traigan causa de él.

En este caso se trata de la ocupación de un espacio -del que es titular la comunidad- para crear una servidumbre de desagüe a favor de unos locales que no gozaban de tal derecho según la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, por lo que la naturaleza real de la acción comporta que sea el propietario actual del local quien esté legitimado pasivamente para soportar la acción y le competa la obligación de reintegrar el elemento común a su estado anterior sin perjuicio para la comunidad de propietarios. Es indiferente que haya sido o no el demandado el autor de la ocupación ilícita pues al adquirir el local lo hace exclusivamente con los derechos que le corresponden según el título constitutivo sin que una situación de puro hecho creada unilateralmente por un propietario anterior pueda beneficiarle frente a la comunidad.

La sentencia de esta sala n.º 3/2012, 6 de febrero (Recurso de Casación 1019/2009), que se cita en el recurso, se refiere precisamente al carácter de las acciones reivindicatorias tendentes a recuperar el dominio de un concreto espacio, que teniendo naturaleza común, ha sido objeto de apropiación por parte de un copropietario, las cuales considera de carácter real.

La n.º 740/1995, de 13 julio (Recurso 1047/1992) podría representar una doctrina contraria a la sostenida por la Audiencia en el caso de que los hoy demandados no hubieran sido los autores de la ocupación o utilización del elemento común para crear una servidumbre a su favor. Esta sentencia dice lo siguiente:

«si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece un matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro



de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la Ley sobre Propiedad Horizontal, y en este segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1964, quince años....».

No obstante, a falta de otros pronunciamientos en sentido similar, no cabe hablar de doctrina jurisprudencial que haya podido ser conculcada por la resolución recurrida, cuando por el contrario existen otras sentencias que no dudan en calificar de real la acción de que se trata, como ocurre en el caso de la sentencia núm. 1043/2002 de 11 noviembre (rec. 888/1997) «No puede aceptarse la declaración que hace la Sala de instancia al declarar prescrita la acción por el transcurso de quince años; aparte de que tal excepción es apreciada de oficio, incorrectamente al no haber sido opuesta en la contestación a la demanda en que sólo se invoca la prescripción adquisitiva, olvida el Tribunal de instancia que la acción ejercitada, dirigida a obtener el reintegro del espacio ocupado a la titularidad de la Comunidad de Propietarios, como elemento común, es una acción de carácter real, a la que son aplicables los arts. 1959 y 1963 del Código Civil»

Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, de fechas 5 de marzo de 2009 y 17 de junio de 2004, las cuales consideran que la acción dimanante del artículo 7 de la LPH tiene naturaleza personal, siendo el plazo de prescripción de quince años. En sentido contrario se citan la de la Audiencia Provincial de Murcia objeto de recurso y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 6 de octubre de 2004, las cuales consideran que la acción dimanante del artículo 7 de la LPH tiene naturaleza real siendo el plazo de prescripción de la acción de treinta años.

Sobre esta cuestión y por las razones anteriormente expresadas esta sala considera que las acciones por las que la comunidad reclama la restitución de cualquier elemento común a su estado anterior frente al titular del elemento privativo que pudiera beneficiarse de dicha alteración, es de carácter real y por tanto el plazo de prescripción aplicable a las mismas es el de treinta años establecido en el artículo 1963 CC.

La tradicional distinción del jurisconsulto Gayo establecía que una acción es personal (*actio in personam*) cuando la reclamación se produce frente a quien está obligado con el demandante como consecuencia de un contrato o de un «delito», es decir, cuando se pretende del demandado que dé o haga algo a lo que resulta obligado personalmente o lo estaba su causante. Por el contrario, una acción es real (*actio in rem*) cuando se dirige respecto un objeto corporal porque compete al demandante un derecho sobre dicho objeto que se considera conculcado, de modo que la acción se dirige contra su detentador que aprovecha indebidamente un derecho real sobre el objeto, o contra el titular cuando lo pretendido es que se nos reconozca un derecho sobre cosa ajena.

De ahí que el motivo ha de ser rechazado pues nos encontramos ante una acción real sujeta al plazo de prescripción de treinta años propio de dichas acciones, que no había transcurrido en el caso.

TERCERO.- En el motivo segundo se denuncia la vulneración de la doctrina sobre el consentimiento tácito, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 16 de julio de 2009, 19 de diciembre de 2005, 23 de julio de 2004 y 5 de julio de 2011, todas ellas relativas al consentimiento tácito, que en el caso la parte recurrente deduce del largo período de tiempo transcurrido desde que se realizaron las actuaciones denunciadas y la interposición de la demanda.

El interés casacional podría sostenerse bajo la afirmación de que la sentencia impugnada había negado la posibilidad de la apreciación del consentimiento tácito o, en su caso, por la cita de sentencias que significaran la apreciación de tal consentimiento en supuestos similares al presente, porque la apreciación de tal consentimiento dependerá en todo caso de las circunstancias de cada supuesto que pueda plantearse, teniendo en cuenta fundamentalmente la obiedad de las obras que resultaren claramente apreciables para todos los comuneros y no sólo para algunos, sin que puedan desdeñarse otras circunstancias como es el incremento del perjuicio que se derivara de las mismas por el transcurso del tiempo.

De ahí que en el caso presente no cabe considerar que tal consentimiento se haya producido efectivamente. Esta sala ha declarado, en todo caso, que el conocimiento no equivale a consentimiento, ni el silencio supone genéricamente una declaración, pues aunque no puede ser indiferente para el Derecho, corresponde estar a los hechos concretos para decidir si cabe ser apreciado como consentimiento tácito, es decir, como manifestación de una determinada voluntad, de manera que el problema no está en decidir si puede ser expresión de consentimiento, sino en determinar bajo qué condiciones debe aquél ser interpretado como tácita



manifestación de ese consentimiento (sentencias 135/2012, de 29 febrero y 171/2013, de 6 marzo , entre las más recientes).

También que «los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, declarando asimismo que solo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (sentencias de 27 de octubre 2005 y 15 de junio de 2007)».

CUARTO.- La desestimación del recurso determina que proceda la condena en las costas causadas por el mismo a la parte recurrente (artículo 394 y 398 LEC), con pérdida del depósito constituido.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto en nombre de D. Eutimio y D. Domingo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª) en Rollo de Apelación n.º 141/2013 , que dimana de juicio ordinario n.º 282/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Lorca, seguido a instancia de la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 » de Águilas, contra los hoy recurrentes. **2.º.-** Confirmar dicha sentencia. **3.º.-** Condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas por su recurso, con pérdida del depósito constituido para su interposición. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.