



Roj: **STS 4742/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4742**

Id Cendoj: **28079110012013100506**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2013**

Nº de Recurso: **523/2011**

Nº de Resolución: **601/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 22 de mayo de 2009, en el recurso de apelación núm. 409/2010, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 469/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Carlet (Valencia), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Mercedes Soler Monforte en nombre y representación de la mercantil Promociones Urbalza Valencia S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez en calidad de recurrente y la procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 y AVENIDA001, núm. NUM000 de Silla (Valencia) en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Natalia del Moral Aznar, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 y AVENIDA001, número NUM000, sita en Silla (Valencia) interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil Promociones Urbalza Valencia S.L. 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:

Primero.- De forma principal se declare la nulidad de pleno derecho de la modificación estatutaria, letra c), en relación a las terrazas, llevada a cabo por la promotora a través de escritura de rectificación de 16 de febrero de 2005, con mantenimiento de su redacción anterior, por la que el titular o titulares de los locales comerciales en planta baja tendrán derecho a instalar rótulos o anuncios luminosos en la terraza superior del edificio, incluso encima del casetón de la escalera y ascensor, sin consentimiento ni autorización alguna de los restantes copropietarios del edificio, con cancelación de la inscripción registral de la misma en el Registro de la Propiedad, y ello por dos motivos con carácter acumulativo o alternativo:

- a) Existir una situación de prehorizontalidad y ejercicio abusivo del derecho del promotor como único propietario.
- b) Carácter abusivo de la cláusula en relación a su redacción original y que supone una vulneración de las normas imperativas de la propiedad horizontal.

Condenando a la mercantil demandada a la retirada a su costa de los carteles actualmente instalados en la terraza y devolviendo ésta a su estado primitivo.

Segundo.- De forma subsidiaria al Punto 1º, se declare el incumplimiento contractual de la vendedora de los contratos de compraventa en cuanto a su estipulación 6ª por la que se establecía la modificación de la escritura de declaración de obra nueva en construcción o terminada sólo si así lo aconsejaban exigencias técnicas



o jurídicas, y se condene por el cartel actualmente instalado a la mercantil demandada a indemnizar a los propietarios que compraron en su día de la citada mercantil, y con periodicidad anual mientras se mantenga su instalación, con la cuantía que resulte de aplicar a la renta anual de 3.600 euros sus respectivas cuotas de participación, y ello:

- a) Desde la fecha de interpelación judicial a través del acto de conciliación de 28 de julio de 2005
- b) Subsidiariamente desde la fecha de presentación de la demanda.

Así como igualmente se condene a la mercantil demandada, y por cada uno de los nuevos carteles que en el futuro puedan instalarse por el propietario o propietarios de los locales comerciales, al pago de la misma cuantía y en el mismo concepto de indemnización.

Y todo ello más los intereses legales y costas>>.

2.- La procuradora doña Mercedes Soler Monforte, en nombre y representación de la mercantil Promociones Urbalza-Valencia S.L., 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 <<que desestime íntegramente la demanda absolviendo de todas las peticiones solicitadas a mi representada, y ello con expresa condena en costas a la actora>>.

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 Carlet, dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la procuradora de los tribunales Dña. Natalia del Moral Aznar en nombre de la comunidad de propietarios de la AVENIDA000 y AVENIDA001 nº NUM000 de Silla, y en su virtud se declara la nulidad de pleno derecho de la modificación estatutaria, letra c), en relación a las terrazas, llevada a cabo por la promotora a través de la escritura de rectificación de fecha 16 de febrero de 2005, con mantenimiento de la redacción anterior, por la que el titular o titulares de los locales comerciales en planta baja tendrán derecho a instalar rótulos o anuncios luminosos en la terraza superior del edificio, incluso encima del casetón de la escalera y ascensor, sin consentimiento ni autorización alguno de los restantes copropietarios del edificio, con cancelación de la inscripción registral de la misma en el Registro de la Propiedad, y ello por dos motivos:

- a) *Existir una situación de prehorizontalidad y ejercicio abusivo del derecho del promotor como único propietario.*
- b) *Carácter abusivo de la cláusula en relación a su redacción original y que supone una vulneración de las normas imperativas de la propiedad horizontal.*

Condenando a la mercantil demandada a la retirada a su costa de los carteles actualmente instalados en la terraza y devolviendo ésta a su estado primitivo.

No se imponen las costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

PRIMERO.- *Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Soler Monforte, en nombre y representación de Promociones Urbalza-Valencia, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Carlet el 22 de mayo de 2009 en el juicio ordinario 469/07.*

SEGUNDO.- *Confirmar íntegramente dicha resolución.*

TERCERO.- *E imponer al apelante las costas de esta alzada.*

TERCERO .- **1.-** Por COMPAÑÍA PROMOCIONES URBALZA VALENCIA S.L., se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en:

1. Infracción del art. 7.2 del C. Civil : abuso de derecho, así como la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo.
2. Infracción del art. 5 de la LPH , en relación con los arts. 609 y 1095, inciso segundo del C. Civil , así como la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de octubre de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 y AVENIDA001 núm. NUM000 de Silla (Valencia) presentó escrito de impugnación al mismo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Consta incontrovertidamente acreditado que:

1.- *La hoy demandada vendió -documentándose la transmisión privadamente- las diferentes viviendas del edificio cuya construcción promovía, sito en AVENIDA000 y AVENIDA001 NUM000, de Silla, durante el mes de octubre de 2002 y siguientes (documental a los folios 107 a 133). En los diversos instrumentos se hacía constar (estipulación sexta): "el comprador autoriza al vendedor a otorgar y, en su caso, modificar la escritura de Declaración de Obra Nueva, en construcción o terminada, y División en Propiedad Horizontal del edificio, si así lo aconsejan exigencias técnicas o jurídicas".*

2.- *La demandada-vendedora, otorgó Escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución en régimen de propiedad horizontal el 6 de marzo de 2003, que contenía las normas y reglas que regirían al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal y del Código Civil, la comunidad que constituía y, entre ellas, y en el apartado b) con la rúbrica "locales", se dispone que: "el titular o titulares de los locales comerciales en planta baja, se reservan para sí y los futuros propietarios, el derecho y facultad de poder hacer divisiones, segregaciones y posteriores agrupaciones en dichos locales, como asimismo las obras necesarias de embellecimiento, adorno y luminotecnia, según el uso a que se destinen (...). Y bajo la de "terrazas", en su apartado c), "la terraza superior que corona el edificio será utilizada únicamente por los dueños de las viviendas del edificio. La misma será destinada a zona de tendaderos, y zona de esparcimiento y ocio". Tal escritura causó sendas inscripciones en el Registro de la Propiedad el 20 de mayo de 2003 (documental a los folios 134 a 179).*

3.- *Los locales comerciales, en un total de once, conforme a la dicha escritura, quedaron propiedad de la promotora demandada, según tiene admitido.*

4.- *El 16 de febrero de 2005, la demandada otorga escritura de rectificación de la de 6 de marzo de 2003, cambiando la descripción de uno de los departamentos y modificando y ampliando el apartado "c)- terrazas" transcrito, consignando: "C).- Terrazas.- ...- El titular o titulares de los locales comerciales en planta baja, tendrán derecho a instalar rótulos o anuncios luminosos en la terraza superior que corona el edificio, incluso encima del casetón de la escalera y ascensor, haciéndose cargo de dichos locales comerciales de todos los gastos que se motiven por el consumo de luz eléctrica y otros que pudieran derivarse con motivo de la instalación de dichos anuncios luminosos, Dichos luminosos podrán instalarse sin consentimiento ni autorización alguna de los restantes copropietarios del edificio" (folios 184 a 195).*

5.- *El 7 de marzo comienzan a otorgarse las escrituras de compraventa (a los folios 212 a 296), constando en alguna de ellas la anterior escritura como presentada en el libro diario y pendiente de despacho y omitiéndose toda referencia a dicho instrumento en otras.*

6.- *Poco después de otorgadas dichas escrituras, la parte demandada colocó un cartel luminoso encima del casetón de las escalera y ascensor, ocupándolo casi en su totalidad, perfectamente visible desde la calle, que reza, bajo el logotipo de la empresa, "construcciones" (documental al folio 196).*

7.- *La colocación de tal cartel publicitario ha sido objeto de abierta oposición por parte de los adquirentes de las viviendas desde su instalación.*

SEGUNDO .- La sentencia del Juzgado estimó la demanda entendiendo que se producían perjuicios por los efectos lumínicos, imposibilidad de situar aparatos de aire acondicionado y por la atracción de insectos. Que se incurrió en abuso de derecho al modificar la cláusula estatutaria cuando ya se había suscrito los documentos privados de compraventa. Añadió que el promotor había incumplido la obligación de entrega del objeto en la forma determinada en el proyecto y efectuando una rectificación unilateral que es nula por vulnerar los actos de disposición sobre los elementos comunes (art. 17 LPH). Que los compradores antes de escriturar no tuvieron la oportunidad de conocer la rectificación art. 10 bis de la Ley 26/84 de 19 de julio, (General para la defensa de consumidores y usuarios).

En la sentencia de la Audiencia Provincial que confirma la de instancia, se declara la existencia de abuso de derecho, dado que aún cuando los demandantes no fuesen propietarios al no haber adquirido la posesión, sí



ostentaban una expectativa de derecho protegida por el Orden jurídico . Añade que aún cuando la escritura de rectificación generó un asiento de presentación, ello solo le otorgaba los beneficios del principio de prioridad registral.

TERCERO .- *Motivo primero. Infracción del art. 7.2 del C. Civil : abuso de derecho, así como la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo .*

Motivo segundo. Infracción del art. 5 de la LPH , en relación con los arts. 609 y 1095, inciso segundo del C. Civil , así como la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos .

Se desestiman ambos motivos, que se analizan conjuntamente .

Alega el recurrente que no concurre abuso de derecho y cita las sentencias de esta Sala de 23 y 25 de marzo de 2004 , y 2 de julio de 2002 , entre otras, en las que se reconoce al promotor la posibilidad de introducir limitaciones al dominio en tanto es propietario único del inmueble, pues los adquirentes no adquieren el dominio hasta que no se les hace entrega de la posesión.

Esta Sala en sentencia de 11-12-2009, rec. 1710 de 2005 declaró:

Sólo en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa con reconocimiento de haber recibido el total de precio y, por tanto, el cese de la reserva de dominio a favor de la promotora, hubo una verdadera transmisión patrimonial, por lo que, al ser la promotora la única dueña, estaba legitimada para el otorgamiento de las escrituras .

En sentencia de 27 de mayo de 2009, rec. 1883 de 2004 , relativa a un derecho de reserva de suelo y vuelo por el promotor, se declara el derecho de éste a constituirlo unilateralmente, pero su trascendencia real, la indeterminación de la reserva y sus efectos sobre los comuneros que adquieren sus viviendas lo hace incompatible con el régimen jurídico de la propiedad horizontal.

La Sentencia de 23 de octubre de 2009, rec. 313 de 2005 , refiere un supuesto en que la promotora se reserva la cesión del uso de los "bajocubierta", sin que a los cesionarios se les fijase cuota de gasto alguna.

La sentencia de 2-12-2010, rec. 35/2007 , mantiene en aplicación de la teoría del título y el modo, que los copropietarios no deben concurrir al otorgamiento o modificación del título constitutivo, si tan solo ostentan el documento privado de compraventa sin entrega de la posesión. Añade que si el objeto transmitido no se correspondía con el vendido deberían haber ejercido las acciones relativas al incumplimiento contractual.

Reflejada como consolidada la doctrina jurisprudencial que permite al promotor la posibilidad de instar el título constitutivo o su modificación mientras es el propietario único (art. 5.2 LPH), debemos recordar que tal conclusión es la más ajustada a la situación de prehorizontalidad como estadio preparatorio de la propiedad horizontal (STS 29-4-2010, recurso 1087 de 2006), que como refiere la doctrina hace referencia a las situaciones en que todavía falta el elemento objetivo (edificio dividido por pisos) o el elemento subjetivo (existencia de una pluralidad de propietarios).

Ahora bien esa facultad que se le reconoce al promotor, único propietario, no le faculta para infringir la normativa de la Ley de la Propiedad Horizontal.

Este planteamiento jurisprudencial permite que el promotor pueda disponer de cierta flexibilidad, especialmente en supuestos en que los bajos o locales se encuentran diáfanos y sin dividir, lo que le facilitará su posterior venta segregada, lo que se traducirá en el éxito económico de la promoción inmobiliaria, entre otros.

Pero como se deduce del quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida, en relación con el fundamento de derecho tercero. 1 de la misma, el abuso de derecho alegado se centra en el ejercicio abusivo que la promotora efectúa de la cláusula contractual transcrita, en la que se le concedía por los compradores la posibilidad de modificar el título, "en documento privado de otorgamiento y modificación del título constitutivo", perturbando la promotora el principio de buena fe.

Es decir, la promotora se autolimitó al convenir en los documentos privados de compraventa que solo modificaría la escritura de declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal, si "así lo aconsejaban exigencias técnicas o jurídicas" (art. 1255 del C. Civil).

Ninguna de las dos exenciones concurren en este caso, pues el propio representante de la demandada manifestó que la única razón era el mero deseo de reservarse ese derecho y para que ninguno de los vecinos le pusiese obstáculos. Por lo que no son de apreciar la existencia de causas jurídicas o técnicas diferentes a la mera voluntad de la demandada.



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 el presente caso no solo se violan esos límites intangibles de orden moral o social, sino que se abusa de la facultad de modificar el título constitutivo, al no cumplir las exigencias que el propio promotor había establecido de carácter técnico o jurídico, por lo que debe desestimarse el recurso.

CUARTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por COMPAÑÍA PROMOCIONES URBALZA VALENCIA S.L. representada por la Procuradora D.ª Isabel Afonso Rodríguez contra sentencia de 30 de diciembre de 2010 de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia .
2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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.