

**TS Sala 1ª, S 5-3-2004, nº 156/2004, rec. 1103/1998. Pte: González Poveda, Pedro**

RESUMEN

*El TS estima parcialmente el rec. de casación interpuesto por el demandado en instancia, condenado en virtud de acción de obra nueva, además de la indemnización, en apelación se estima el recurso declarando que la indemnización debería establecerse en ejecución de sentencia, conforme a las bases fijadas en la sentencia de instancia, interpone rec. de casación y la Sala entiende que no procede la indemnización habida cuenta de que no queda acreditada que la acción hubiera sido infundada estableciendo las condiciones que deben existir a la hora de establecer la indemnización por lo que casa y anula la sentencia de apelación, en el pronunciamiento referido a la indemnización manteniendo el resto de pronunciamientos.*

En la Villa de Madrid, a cinco de marzo de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Sevilla; sobre derecho a continuar obras suspendidas y otros extremos; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Carlos Manuel, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Fernández Múgica; siendo parte recurrida D. Aurelio y D. Jon, representados pro el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Sevilla, fueron vistos los autos de juicio ordinario de menor cuantía número 926/95, a instancia de D. Aurelio y D. Jon, representados por el Procurador D. Ignacio Pérez de los Santos, contra D. Carlos Manuel, representado por el Procurador D. Manuel Gutiérrez de Rueda.

1.- Por la representación de la parte actora, se formuló demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que:

“Estimándose íntegramente la demanda se declare el derecho a continuar las obras suspendidas por el procedimiento de interdicto de obra nueva seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Quince de los de Sevilla, en los pisos núm. 000 núm. 001 y núm. 002 del número núm. 003 de la Calle 000 de esta Ciudad, propiedad de D. Aurelio y D. Jon,

condenando al demandado D. Carlos Manuel a estar y pasar por dicha declaración, asimismo condenando al demandado a que abone a los demandantes en concepto de indemnización por daños y perjuicios la cantidad que en ejecución de sentencia se fije sirviendo de base la cuantía de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas (2.250.000 Ptas.) mensuales desde el mes de agosto de 1994 hasta su total abono con los intereses legales pertinentes y con expresa imposición de las costas al demandado si temerariamente se opusiere a la presente demanda y todo lo demás procedente en derecho.”

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Procurador D. Manuel Gutiérrez de Rueda García en su representación, quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que:

“Se desestime la demanda presentada, absolviendo de la misma a mi representado con expresa imposición de costas a los actores.”

3.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos. El Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia, dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de 1996, cuyo fallo es el siguiente:

“Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Pérez de los Santos en nombre y representación de D. Aurelio y D. Jon, contra D. Carlos Manuel, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones contra el mismo deducidas en la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.”

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que acogiendo, en parte, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ignacio Pérez de los Santos, en nombre y representación de los actores D. Aurelio y D. Jon, contra la sentencia, de fecha 23 de diciembre de 1996, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 18 de los de esta Capital, en los autos de juicio de menor cuantía núm. 926/95, de que dimanen estas actuaciones, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar dictamos otra, por la que estimando en parte la demanda planteada por los expresados actores, D. Aurelio y D. Jon, contra D. Carlos Manuel, debemos declarar y declaramos el derecho de los demandantes a continuar las obras suspendidas por el procedimiento de interdicto de obra nueva seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de los de esta capital en los autos núm. 52/94, en los pisos núm. 000 núm. 001 y núm. 002 de la casa sita en el núm. 003 de la Calle 000 de esta ciudad, propiedad de los referidos actores, condenando a dicho demandado, D. Carlos Manuel, a estar y pasar por dicha declaración, así como a que abone a los demandantes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad que en el trámite de ejecución de sentencia se determine en la forma que se establece en el fundamento de derecho núm. Sexto de esta sentencia, más los intereses legales correspondientes a la suma que resulte, a contar desde la fecha de esta resolución, y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales originadas en ambas instancias.”

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Juan Antonio Fernández Múgica, en nombre y representación de D. Carlos Manuel, interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 1692.3 de la LEC. Por incidir en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, causando indefensión a esta parte y conculcando lo establecido en los arts. 24.1 de la CE 359 de la LEC y 1253 del C.C.

Segundo.- Al amparo igualmente del art. 1692 apartado 3 de la citada Ley Adjetiva Civil, dejan denunciado mediante este concreto motivo, la incongruencia que supone el hecho de el fallo de la sentencia de la Audiencia, conceda mas de lo que solicita en el suplico del escrito de demanda.

Tercero.- Por la vía del artículo 1692.4 de la LEC: por aplicación del art. 7.2 del Código Civil, habida cuenta que la sentencia de la Audiencia, haciendo supuesto de lo que es cuestión, entiende que mi representado lo que:

“Pretendido con su actuación ha sido dañar mediante el ejercicio anormal de sus derechos dominicales.”

2.- Admitido el recurso por auto de fecha 15 de octubre de 1999, se entregó copia del escrito a la representación de la parte recurrida, para que en el plazo indicado, pudiera impugnarlo; como así lo efectuó.

3.- Y no teniendo solicitada por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecinueve de febrero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este recurso de casación trae causa de los autos de juicio de menor cuantía seguidos a instancia de D. Aurelio y D. Jon en solicitud de sentencia por la que se declare su derecho a continuar las obras suspendidas por el procedimiento de interdicto de obra nueva seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Quince de Sevilla, en los pisos núm. 000 núm. 001 y núm. 002 del número núm. 003 de la Calle 000, propiedad de los actores y se condene al demandado D. Carlos Manuel a estar y pasar por dicha declaración y a que abone a los demandantes en concepto de indemnización por daños y perjuicios la cantidad que en ejecución de sentencia se fije sirviendo de base la cuantía de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas mensuales desde el mes de agosto de 1994 hasta su total abono con los intereses legales pertinentes.

Desestimada la demanda en primera instancia, la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla acogió en parte el recurso de apelación interpuesto por los actores, declaró el derecho de éstos a continuar las obras suspendidas por el interdicto de recobrar y condenó al demandado al abono a los demandantes la cantidad que se fijaría en

ejecución de sentencia conforme a lo establecido en el fundamento de derecho sexto de la sentencia.

En su fundamento jurídico segundo la sentencia de apelación tiene como acreditados los siguientes hechos:

"A) los demandantes son propietarios de los pisos núm. 000 núm. 001 y núm. 002 del inmueble núm. 003 de la Calle 000 de esta capital, adquiridos por escrituras públicas de compraventa de fechas 15 y 11 de noviembre de 1993.

B) el demandado D. Carlos Manuel, en virtud de escritura pública de compraventa, de fecha 10 de diciembre de 1993 adquirió el piso núm. 004 núm. 002 del núm. 003 de Calle 000 de esta capital.

C) Los demandantes adquirieron los dos indicados pisos en el núm. 003 en la Calle 000 para trasladar la oficina de farmacia que tenían abierta en la Avenida 000, Edificio000, Portal núm. 005, núm. 000, que tenía que ser cerrada, por resolución judicial de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el trámite de ejecución de sentencia recaída en el recurso 1580-1582/85, seguido a instancia de D<sup>a</sup> Leticia, cierre que se llevó a cabo en 22 de julio de 1994.

D) Los demandantes, mientras llevaban a cabo los trámites para el cierre de la oficina de farmacia del Edificio000, solicitaron del Real e Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos, el preceptivo traslado de la misma a los pisos adquiridos en la Calle 000, acreditando la titularidad dominical de dichos inmuebles, autorizándose el traslado por el colegio en 12 de abril de 1994; formulándose contra dicha resolución recurso por la farmacéutica D<sup>a</sup> Daniela, que tiene farmacia abierta en la calle Brenes, cercana a la Calle 000, si bien se guarda la distancia mínima exigible en la normativa aplicable a los traslados farmacéuticos, razón por la cual el recurso fue desestimado por el Consejo General de Colegios Oficiales de farmacéuticos por resolución dictada en 28 de julio de 1994, contra la que la farmacéutica, Sra. Daniela, interpuso recurso contencioso administrativo ante la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recurso que se halla en tramitación con el núm. 2025 de 1994.

E) La farmacéutica D<sup>a</sup> Daniela y su esposo D. Jesús Luis adquirieron el piso núm. 000 núm. 006 en el núm. 003 de la calle Calle 000 de esta ciudad, en virtud de escritura pública otorgada en 26 de enero de 1994, ante el Notario de esta capital D. Inocencio; el demandado D. Carlos Manuel ha sido compañero de trabajo de D. Jesús Luis en la empresa Abengoa desde el mes de enero de 1973 en que este último comenzó a prestar sus servicios en dicha empresa hasta su baja en la misma en el mes de julio de 1992.

F) En 19 de enero de 1994 el demandado D. Carlos Manuel formuló demanda sobre interdicto de obra nueva, con el objeto de paralizar las obras que los actores, Sres. Aurelio y Jon, estaban realizando en los pisos adquiridos en el núm. 003 de la Calle 000, para transformar dichas viviendas en local de negocio, en el que instalar la oficina de farmacia, llevándose a cabo la paralización de las obras en 29 de abril de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de esta capital en los autos núm. 52 de 1994, siendo ratificada la paralización de dichas obras en la sentencia recaída en dichos autos en 13 de

junio de 1994, la cual fue confirmada por esta Sección por sentencia, de fecha 23 de abril de 1995, dictada en el rollo de apelación núm. 2875-94.

G) El demandado D. Carlos Manuel y D. Jesús Luis se opusieron a la autorización que la Comunidad de Propietarios del Edificio núm. 003 de la Calle 000 concedió, por acuerdo del resto de los copropietarios, a la actora para que estos llevaran a cabo las obras de transformación de los pisos adquirido por los mismos.

H) El demandado D. Carlos Manuel y D. Jesús Luis tiene su domicilio en la Calle 001 de esta capital, el primero de la plaza Dirección 000 núm. 007 y el segundo junto con su esposa la farmacéutica Sra. Daniela en el núm. 008 de la Calle 001, sin que ninguno de ellos haya ocupado las viviendas adquiridas en el núm. 003 de la Calle 000”.

No obstante el minucioso relato fáctico de la sentencia de instancia, esta Sala, en uso de su facultad integradora del “factum” y sin que ello suponga alteración de los hechos declarados probados, ha de completarlo en el sentido de que la demanda de interdicto de obra nueva formulada por D. Carlos Manuel lo fue el 19 de enero de 1994 y que la Junta de Propietarios de la Comunidad en que se integran los locales de actores y demandados en que se trató de la autorización de las obras en cuestión tuvo lugar el 22 de febrero de 1994, hechos reconocidos en el escrito de demanda.

SEGUNDO.- Para el estudio del recurso, procede entrar a examinar en primer lugar el motivo tercero pues de su estimación o desestimación resultaría la necesidad de proceder o no al estudio del primero y segundo. El motivo tercero, acogido al art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción por inaplicación indebida del art. 7.2 del Código Civil EDL 1889/1 , en cuanto la sentencia recurrida entiende que:

“Lo pretendido con su actuación (por el demandado ahora recurrente) ha sido dañar mediante el ejercicio anormal de sus derechos dominicales.”

Con cita de la sentencia de 31 de enero de 1992, dice la de 31 de julio de 1996 que:

“El proceso en sí es el ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 11 EDL 1985/8754 , en el Código Civil, art. 7.1 y 2 EDL 1889/1 q, cuando exigen respetar la buena fe y proscriben situaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1984).

Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor. Cautelas que se reiteran en la sentencia de 13 de octubre del mismo año 1992”.

Después de referirse a los requisitos esenciales que configuran el abuso de derecho:

a) Una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley la debe privar de protección.

b) Una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos.

c) Que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una pretensión de cesación e indemnización, dice la sentencia de 6 de febrero de 1999 que:

“Dentro del área del concepto del abuso del Derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente “abuso del Derecho y derecho a litigar”, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado “derecho a litigar”; en otro aspecto, es de si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil EDL 1889/1 , contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una “justa causa litigandis”. Y concretando aún más, no se puede olvidar que el núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte, ahora recurrida, contra la parte, ahora recurrente, y en dicho proceso parte demandada.

Además hay que resaltar que en juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma inaudita parte y sin necesidad de aportar la pretensión ni siquiera prueba ni información testifical o, documental se puede instar o lograr la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra”.

En el supuesto contemplado por esta sentencia de 1999, no se dio lugar a la pretensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque:

“Como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su “factum”, en absoluto, ya que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada.”

En relación con la cuestión aquí debatida, dice la sentencia de 15 de abril de 2003 que:

“La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema. La sentencia de 5 de junio de 1995 dice “la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia”. Y añade:

“Los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción “resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda”. Lo que reitera la de 3 de julio de 1997 EDJ 1997/6168 al decir:

"La evidencia de estarse ante una acción interdictal "clara o manifiestamente infundada" ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal". La de 28 de marzo de 1998 recoge la doctrina sentada en la anterior de 27 de mayo de 1988 y dice:

"Dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencias recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987).

Pero ello no excluye -sigue diciendo la sentencia que reseñamos- que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador". Y añade la de 26 de octubre de 1998:

"La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas."

La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la estimación de este tercer motivo del recurso; estimada en ambas instancias la acción interdictal de obra nueva ejercitada por el demandado ahora recurrente, ello impide estimar que se trate del ejercicio de una acción "infundada", circunstancia esta que, como exige la doctrina jurisprudencial antes citada, "ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal" y no, como parece entender la sentencia impugnada, del resultado de las pruebas practicadas en estos autos sobre la naturaleza y entidad de las obras que resultaron paralizadas. Por otra parte las relaciones de carácter personal entre el ahora recurrente y el matrimonio formado por D. Jesús Luis y la farmacéutica D<sup>a</sup> Daniela, no son bastantes a poner de manifiesto la existencia de una intención dolosa del interdictante, dirigida a causar daño a la otra parte, habida cuenta de que, como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2000, "sólo podrá inclinarse a la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y - como se ha dicho- contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva", contundencia de que carecen los hechos probados en la instancia.

Por todo ello, como se ha dicho, procede estimar este tercer motivo del recurso.

TERCERO.- La estimación del motivo tercero hace innecesario el examen de los otros dos motivos del recurso y lleva a la estimación de éste con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida si bien parcial, en cuanto se refiere al pronunciamiento indemnizatorio que contiene la sentencia de instancia quedando subsistente el pronunciamiento relativo al derecho de los actores aquí recurridos a continuar las obras en los locales de su propiedad que fueron suspendidas ya que tal pronunciamiento no ha sido objeto de la impugnación casacional.

CUARTO.- La estimación del recurso determina la no imposición de las costas del mismo a ninguna de las partes, a tenor del art. 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Carlos Manuel contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y siete que casamos y anulamos, si bien parcialmente, en el sólo sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento por el que se condena D. Carlos Manuel a indemnizar a D. Aurelio y D. Jon en los daños y perjuicios que se dicen causados.

Sin hacer expresa condena en las costas de este recurso.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Francisco Marín Castán.- Pedro González Poveda.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, 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.