

Roj: STS 3854/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3854

Id Cendoj: 28079110012014100470

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2328/2012

Nº de Resolución: 518/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrox , cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora D.ª Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación de Organización Lozano S.L.; siendo partes recurridas la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de D.ª Covadonga , D. Marcial y D.ª Olga , la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de D.ª Carlota , D. Luis Pedro y D. Bernabe , la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , de D.ª Patricia y de D. Juan , la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de D. Urbano D. Aquilino y Dª Eufrasia y la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de D. Doroteo y D. Roque .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El procurador D. Pedro Angel León Fernández, en nombre y representación de ORGANIZACION LOZANO, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , D. Benigno y Dª Camila , D. Humberto y Dª Elisa , D. Donato y Dª Vicenta , D. Marcial y Dª Olga , D. Juan y D.ª Patricia , D. Roque , Dª Carla , D. Doroteo y Dª Covadonga y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia *por la que se declare a) la existencia de una vía peatonal de uso público y en su caso de dominio público, que separa la fachada del EDIFICIO000 , de la tachada del EDIFICIO001 , con una anchura de cinco metros,- recogido en las normas de planeamiento Urbanístico del Municipio de Nerja, de Torrox que tres metros se cedieron en su día por los demandados y dos metros por el solar de mi mandante, y por tanto el derecho de mi mandante como propietario del EDIFICIO001 , a abrir ventanas y huecos a tal fachada a la vía publica y acceder al edificio a través de dicho vial peatona b) Se levante la paralización de la obra del EDIFICIO001 en virtud de la sentencia firme dictada por la Sección Sexta de la Audiencia de Málaga de fecha 27 de Marzo de 1..999 en los autos de interdicto tramitados bajo numero 274/97, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Torrox, con reserva de la acción de daños y perjuicios que haya podido ocasionar tal paralización a la sociedad actora, en virtud de la reserva efectuada en este procedimiento, para una posterior concreción y reclamación. c) Se declare que la descripción registral del terreno o solar de los demandados que consta inscrita en el Registro de la Propiedad de Torrox, no se ajusta a la realidad de hecho, en cuanto que el resto del terreno no edificado, no está destinado a aparcamiento o desahogo de sus propietarios, como consta en virtud de la escritura de obra nueva y división horizontal, sino que está destinado en su retranqueo de tres metros a parte del vial peatonal de uso publico, conforme consta en las normas de planeamiento urbanístico y por tanto de uso público, y se ordene su inscripción en el Registro de la Propiedad en las distintas fincas registrales de los demandados, dicha declaración, mediante mandamiento a expedir al Sr Registrador de la Propiedad con testimonio de la sentencia que así se dicte y declare. d) de condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y consentir el alzamiento de la suspensión de la obra del EDIFICIO001 , sin perjuicio de los daños y perjuicios que en su caso puedan responder y cuyas acción se ha reservado la parte actora para el caso de que proceda. e) De forma subsidiaria para el caso de que se mantuviera la existencia*

de propiedad de la franja de terreno como propiedad de los demandados, se declare el uso público de dicha franja por usucapión de más de treinta años, que viene siendo usado de forma ininterrumpida por el vecindario, y en consecuencia estar consolidado la vía peatonal de hecho, y ser de aplicación la excepción del art 584 del Código Civil, y en consecuencia, se levante la suspensión de la obra, en cuanto no es de aplicación la limitación de servidumbre legal de luces y vistas del art 582 del C.Civil, ni impide el paso a través de dicha vía peatonal para tener acceso al edificio, cuando de otra parte el solar de la sociedad actora se ha retranqueado también dos metros para ampliar la calle peatonal a cinco metros de anchura, exigido por el viario del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Nerja. f) Se condene a los demandados al pago de las costas causadas en este procedimiento, al estimarse la demanda, aun en caso de supuesto de allanamiento.

2.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 de Nerja (Málaga), contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte resolución por la que: A) con estimación de las excepciones articuladas y sin entrar en el fondo del asunto absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra en la demanda presentada, con declaración de temeridad y mala fe procesal. B) de entrar a conocer en el fondo del asunto, desestimando la demanda absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra, con declaración de temeridad y mala fe procesal. C) la condena en costas. SUBSIDIARIA: A) con acogimiento de la excepción de falta de legitimación activa para solicitar la usucapión, se desestime la petición efectuada "erga omnes" y contra mi representada por carecer de la cualidad de sujeto usucapiente, absolviendo a la misma de la petición en su contra efectuada, con declaración de mala fe y temeridad procesal. B) la condena en costas.

3.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Covadonga, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia con las siguientes peticiones: : Primera: Que con estimación de la excepción de falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional y sin entrar en el fondo del asunto se absuelva a mi representada de las peticiones deducidas en su contra, Segunda: para el caso de no estimarse la excepción anterior, con estimación de la articulada de litispendencia, declarar la suspensión de los presentes autos hasta tanto en cuanto se resuelva de forma firme el procedimiento del que pende.- Tercera: Que con estimación de la excepción de preclusión de alegaciones se absuelva a mi representada de los pronunciamientos instados en su contra. Cuarta.- Que para el caso de no estimarse ninguna de las excepciones planteada y se entrara en el fondo del asunto, se desestime la demanda y se absuelva a mi representada de los pronunciamientos instados de contrario. Quinta. En cualquier caso de los anteriores se condene expresamente en costas a la actora. Subsidiaria, que con estimación de falta de legitimación activa se desestime la petición efectuada por la actora con expresa condena en costas.

4.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D. Benigno y D<sup>a</sup> Camila, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia con las siguientes peticiones: A) Que con estimación de la excepción de falta de jurisdicción y/o falta de legitimación de la actora, se sobresea el pleito con expresa condena en costas a las parte actora. B) Que con estimación de la excepción de preclusión de alegaciones, sin entrar a conocer del fondo del asunto, se absuelva a mis representados de los pronunciamientos instados de contrario, con expresa condena en costas. C) Subsidiariamente, y en el caso de no estimarse ninguna de las excepciones planteadas, y previos los trámites legales, y caso de entrarse a conocer el fondo del asunto, se desestime la demanda y se absuelva a mis representados de los pronunciamientos instados de contrario, con expresa condena en costas.

5.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D. Marcial y D<sup>a</sup> Olga, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte resolución por la que: A) Estimando las excepciones articuladas absuelva a mis representados de los pedimentos efectuados en su contra en la demanda presentada, sin entrar a conocer en el fondo del asunto. B) Caso de no estimarse las excepciones y se entrara a conocer en el fondo del asunto, con desestimación de la demanda, absolver a mis representados de los pedimentos efectuados en su contra. C) La condena en costas. SUBSIDIARIA.- A) Estimando la excepción articulada de falta de legitimación activa para lo solicitado, se desestime la misma. La condena en costas.

6.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D. Juan y D<sup>a</sup> Patricia contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones del actor y se absuelva a los demandados, todo ello con expresa condena en costas para la actora.

7.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Elisa , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que, *se estimen las excepciones planteadas o en su caso se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas.*

8.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Carlota , D. Luis Pedro y D. Bernabe contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que, *con estimación de las excepciones articuladas y sin entrar en el fondo del asunto absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra en la demanda presentada, con declaración de y mala fe procesal y, caso de entrar a conocer en el fondo del asunto, desestimar la demanda instalada por Organización Lozano, S.L. absolviendo mis representados de los pedimentos efectuados en su contra, con declaración de temeridad y mala fe procesal, con expresa condena en cosas a la demandante, dado su mala fe y temeridad; y, subsidiariamente, con acogimiento de la sección de falta de legitimación activa para solicitar la usucapión, se desestime la petición efectuada "erga omnes" y contra mis representados por carecer de la cualidad de sujetos o usucapiente, absolviendo a los mismos de la petición en su contra efectuada, con declaración de mala fe y temeridad procesal*

9.- La procuradora D<sup>a</sup> Remedios Peláez Salido, en nombre y representación de D. Aquilino , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que *desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mi mandante de las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora.*

10 .- La procuradora D<sup>a</sup> Elvira Tellez Gamez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carla y D. Jose Enrique , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que *desestimando íntegramente la demanda interpuesta absuelva a mi representada de todas las peticiones que contra ella se hacen, e impongan las costas a la parte actora.*

11 .- La procuradora D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Pérez Jurado en nombre y representación de D. Roque contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que *A) con estimación de las excepciones articuladas y sin entrar en el fondo del asunto absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra en la demanda presentada, con declaración de temeridad y mala fe procesal. B) de entrar a conocer en el fondo del asunto, desestimando la demanda absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra, con declaración de temeridad y mala fe procesal. C) la condena en costas. SUBSIDIARIAMENTE: A) con acogimiento de la excepción de falta de legitimación activa para solicitar la usucapión, se desestime la petición efectuada "erga omnes" y contra mi representada por carecer de la cualidad de sujeto usucapiente, absolviendo a la misma de la petición en su contra efectuada, con declaración de mala fe y temeridad procesal. B) la condena en costas.*

12 .- La procuradora D<sup>a</sup> Purificación López Millet, en nombre y representación de D. Doroteo contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que *A) con estimación de las excepciones articuladas y sin entrar en el fondo del asunto absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra en la demanda presentada, con declaración de temeridad y mala fe procesal. B) de entrar a conocer en el fondo del asunto, desestimando la demanda absuelva a mi representada de los pedimentos efectuados en su contra, con declaración de temeridad y mala fe procesal. C) la condena en costas. SUBSIDIARIAMENTE: A) con acogimiento de la excepción de falta de legitimación activa para solicitar la usucapión, se desestime la petición efectuada "erga omnes" y contra mi representada por carecer de la cualidad de sujeto usucapiente, absolviendo a la misma de la petición en su contra efectuada, con declaración de mala fe y temeridad procesal. B) la condena en costas.*

13 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il<sup>tre</sup>. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrox, dictó sentencia en fecha 29 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA PRESENTADA por la Organización Lozano SL actuando bajo la representación procesal del Sr. León Fernández frente a la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 de Nerja y otros, DEBO DECLARAR Y DECLARO: Que la franja de terreno ubicada entre el EDIFICIO000 y el EDIFICIO001 de Nerja y que está destinada a zona de aparcamiento y desahogo de aquel edificio, se encuentra incluido en el Plan General de Ordenación Urbana de Nerja como de terrenos de dominio público destinados a viales peatonales y áreas libres públicas quedando pendiente la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical sobre la referida franja de terreno en tanto en cuanto no se haga efectiva la gestión del referido planeamiento. Se desestiman*

el resto de los pedimentos contenidos en la demanda con expresa absolución de los demandados. Todo ello sin expresa condena en costas procesales a ninguna de las partes.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de "ORGANIZACION LOZANO, S.L.", la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 7 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Pedro Angel León Fernández, en nombre y representación de Organización Lozano, S.L. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día 29 enero 2010 por el juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrox en el juicio ordinario número 442 de 2004 e imponemos a la apelante las costas del recurso.* Dictó auto de aclaración de fecha 8 de junio de 2012 relativo al encabezamiento de la sentencia.

**TERCERO** .- **1.-** El procurador D. Pedro Angel León Fernández, en nombre y representación de ORGANIZACION LOZANO, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción del artículo 584 en relación con el artículo 582 del Código civil y doctrina jurisprudencial del T.S. **SEGUNDO** .- Infracción del artículo 584 en relación con el artículo 582 del Código civil y doctrina jurisprudencial del T.S., en relación al artículo 64, 68 y 114 de la Ley del Suelo de 1956, Texto Refundido de fecha 9 de abril de 1976 y Texto Refundido de 26 junio de 1992.

**2.-** Por Auto de fecha 29 de octubre de 2013, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**3.-** Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de D.ª Covadonga, D. Marcial y D.ª Olga, D.ª Carlota, D. Luis Pedro y D. Bernabe, D.ª Raquel Díaz Ureña en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000, D.ª Patricia y de D. Juan, D. Urbano D. Aquilino y D.ª Eufrasia y de D. Doroteo y D. Roque, presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- **1.-** Se dictó sentencia entre las mismas partes en fecha 26 marzo 1999, en juicio del llamado en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior *interdicto de obra nueva*, en apelación, por la Audiencia Provincial, Sección 6, de Málaga que estimó la demanda acordando la suspensión de la obra del EDIFICIO001, cuyo titular es la sociedad demandante en la instancia y recurrente en casación; la base de la demanda interdictal, cuya suspensión fue acordada, tal como recoge literalmente dicha sentencia:

a) *construcción del nuevo edificio ha producido la destrucción de una jardinera que discurría exclusivamente sobre suelo propiedad de la actora a lo largo de la linde entre ambos predios. b) sobre el suelo propiedad de la interdictante existe una caseta destinada a centro de transformación eléctrica propiedad de Sevillana de Electricidad S.A., habiendo producido los trabajos en la obra la rotura del alero de la cubierta de dicha caseta, al haber sido utilizada para situar los pilares y apoyar sobre ellos las vigas que sobrevuelan la caseta en las dos plantas de alto previstas quedando dicha caseta y su suelo tras la línea de fachada de la nueva edificación, de tal forma que queda incorporada en los bajos del edificio que se construye, c) no es respetada la distancia mínima que debe existir entre los predios al estarse haciendo la nueva edificación justo en el límite de la parcela donde se esta construyendo. d) en el proyecto de obra está prevista la existencia de doce huecos de luces en la fachada, lo que significará vistas sobre la propiedad de la interdictante. e) igualmente está proyectado dar entrada al nuevo edificio por los terrenos propiedad de la comunidad de propietarios demandante. f) el mismo proyecto contempla la construcción de terrazas salientes en las plantas en alto que invadirán la propiedad de la interdictante*

ORGANIZACION LOZANO, S.L. cuya obra fue suspendida por dicha sentencia, obra consistente en el EDIFICIO001, en Nerja (Málaga) que se construía (y se paralizó) de forma paralela a la fachada del EDIFICIO000, cuya comunidad de propietarios es la codemandada, formuló dicha sociedad demanda planteando la revisión de aquella sentencia que carece de la eficacia de cosa juzgada conforme dispone el artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Concretamente interesó que se declarara vía peatonal de dominio público la franja de terreno entre los dos mencionados edificios, lo que se declaró así en la sentencia de primera instancia que añadió "quedando pendiente la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical sobre la referida franja de terreno en tanto en cuanto no se haga efectiva la gestión del referido planeamiento",

lo que fue confirmado en segunda instancia, ya que las partes se aquietaron a este pronunciamiento. Además, el suplico de la demanda, tal como se ha transcrito en el primero de los antecedentes de hecho, interesó otros pronunciamientos que han sido desestimados en las sentencias de instancia: que se declare su derecho a abrir ventanas y huecos, que se levante la paralización de la obra (acordada en el interdicto), que se rectifique la inscripción en el Registro de la Propiedad; subsidiariamente se alegó la usucapación.

2.- La sentencia de la juez de primera instancia número 2 de Torrox, de 29 enero 2010 , planteó la esencia de la *litis* en estos términos:

*"La problemática suscitada en la presente litis pasa por resolver la consideración que tiene la franja de terreno que se corresponde con los suelos pertenecientes a la finca originaria sobre la que se construyó el EDIFICIO000 y que quedaron libres de ocupación tras la construcción de dicho edificio, y que a su vez, fue objeto de interdicto, a la que pensaba dar frente el EDIFICIO001 en construcción con luces y vistas a la misma . Se trata de determinar si dicha franja de terreno es de propiedad particular del EDIFICIO000 como figura en el Registro de la Propiedad, o si, por el contrario, es una calle pública, como calle peatonal de uso público según consta en el ordenamiento urbanístico desde las normas subsidiarias hasta el actual Plan General de Ordenación Urbana y que por la inactividad del Ayuntamiento no fue objeto de cesión previa a la concesión de la correspondiente licencia de obras a favor de la Comunidad Cervantes."*

Esta sentencia acogió el pedimento indicado, lo que fue confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Málaga, el 7 diciembre 2011 , pero no el resto de los pedimentos de la demanda, ya que el Decreto de la Alcaldía que acordada la ocupación directa de la franja controvertida del 29 agosto 2005 y la ocupación efectiva posteriormente, estaba *sub iudice* en la jurisdicción contencioso-administrativo, al tiempo de la demanda (15 septiembre 2004).

Conviene destacar el razonamiento esencial de la sentencia de la Audiencia Provincial en estos términos literales:

*"la cesión, como cumplimiento de la obligación impuesta a los propietarios de suelo urbano por la legislación urbanística, se produce con la correspondiente acta de entrega y recepción, título y modo que producen la transmisión al Ayuntamiento, que no al vecino de enfrente que quiere beneficiarse de la cesión, la titularidad dominical. Es por ello que únicamente procede, de las peticiones en las que la actora estructura el suplico de su demanda, la primera, que además es inatacable al no haber sido recurrida de contrario y haber devenido por ello firme, conforme al artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , teniendo por incluida la franja de terreno controvertida existente entre los dos edificios dentro del Plan General de Ordenación Urbana de Nerja como terrenos de viales públicos, pero quedando pendiente de concretar la forma de materializarse el referido planeamiento hasta tanto se produzca el acto de entrega y recepción con la consiguiente transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical, momento en el que se producirá su inscripción en el Registro de la Propiedad y se llevará a cabo en vía civil el definitivo alzamiento de la suspensión de la obra que la actora realizaba."*

3 .- Frente a la anterior sentencia, la sociedad demandante ha formulado el presente recurso de casación, por interés casacional, en dos motivos, aunque no cabe tomar en consideración hechos posteriores a la formulación de la demanda (2004), como el expediente de ocupación de los viales (2005) y la ocupación efectiva (2009) o la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo (2008) y del Tribunal superior (2011) y la sentencia que anula el procedimiento de ocupación directa (2013).

La admisión de este recurso es procedente, ya que no se ha formulado por cuantía (artículo 477.2.2º) sino por interés casacional (artículo 477.2. 3º) puesto que el procedimiento se ha seguido por razón de la clase de juicio ((artículo 250.1.5º), no por cuantía y se ha alegado contradicción con doctrina jurisprudencial de esta Sala (artículo 477.3).

**SEGUNDO .-1.-** El recurso de casación que ha interpuesto la demandante en la instancia ORGANIZACION LOZANO, S.L., promotora de la construcción del EDIFICIO001 " cuya obra ha sido suspendida por la sentencia firme mencionada de interdicto de obra nueva, contiene, como se ha dicho, dos motivos, ambos con similar contenido. El primero de ellos alega la infracción de los artículos 584 y 582 del Código civil y de la jurisprudencia que cita.

Estos artículos disponen las distancias entre obras, como límite -aunque el Código civil las denomina servidumbres legales- al derecho de propiedad. Conviene advertir que esto se corresponde al segundo inciso del apartado primero del suplico de la demanda, pero no al resto de los pedimentos, pese a lo cual en el suplico del presente recurso de casación se interesa la estimación de todos los pedimentos y también es de

recordar que la sentencia del interdicto acuerda la suspensión de la obra, uno de cuyos motivos, solamente uno, es el tema de las distancias.

El artículo 582 del Código civil dispone, con carácter general, este límite al derecho de propiedad:

*No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia..*

Y el 584 constituye una excepción al anterior:

*Lo dispuesto en el artículo 582 no es aplicable a los edificios separados por una vía pública.*

En el presente caso, la parte demandante mantiene que no se le puede aplicar las distancias del primero de estos artículos, porque su edificio está separado del contrario por una vía pública; lo decisivo es el concepto de vía pública. Este es un concepto jurídico, no es de mero hecho. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, confirmada por la Audiencia Provincial en grado de apelación, declara -pronunciamiento firme, consentido por ambas partes- que la franja de terreno de autos, que es la discutida y que se plantea en este motivo de apelación "está destinada a zonas de aparcamiento y desahogo de aquel edificio" ( EDIFICIO000 ) y "se encuentra incluido en el plan general de ordenación urbana de Nerja" y la calificación -es importante- es "de terrenos de dominio público destinados a la viales peatonales y áreas libres públicas quedando pendiente la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical sobre la referida franja de terreno en tanto en cuanto no se haga efectivo la gestión del referido planeamiento".

Es preciso traer a colación la sentencia de esta Sala del 24 diciembre 1996 que declara rotundamente que la inclusión en un plan de urbanismo no convierte terrenos de propiedad privada destinados a viales en dominio público, sino a través del acta de entrega y aceptación. Dice así:

*La inclusión en un plan general de ordenación de un terreno de propiedad privada como destinado a viales y la obligación ... no determinan por sí solas la conversión en dominio público municipal de esos terrenos, sino que es necesario para ello que esa cesión gratuita de viales, establecida en los sistemas de actuación urbanística se lleve a cabo con arreglo a las normas de procedimiento aplicables, normas que son de inexcusable observancia, debiendo señalarse que la cesión, como cumplimiento de esa obligación impuesta a los propietarios de suelo urbano por la legislación urbanística, se produce con la correspondiente acta de entrega y recepción, que produce la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical.*

Lo cual -tanto la sentencia firme de este proceso como la transcrita de esta Sala- lleva a la conclusión de que la vía que es discutible, franja de terreno entre los EDIFICIO000 " y " EDIFICIO001 " puede ser utilizada por el público, pero no tiene el concepto jurídico de vía pública; es un paso de hecho, propiedad de la comunidad demandada ( EDIFICIO000 ), pero no es vía pública. Se mantiene -como no podía ser menos- la declaración del fallo de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Málaga sobre el actual dominio privado del terreno por la comunidad, aunque incluida en un plan urbanístico, pero es dominio privado sin perjuicio de la transmisión del mismo al Ayuntamiento, en su día y si procede, tal como también declara con carácter general la sentencia dictada de esta Sala.

En consecuencia, no es vía pública en el sentido jurídico que aquí interesa, aunque puede ser un paso tolerado, una situación de hecho, pero el dominio privado se ha declarado en sentencia firme y al tiempo de la demanda no se había producido la transmisión dominical al Ayuntamiento.

Y, en definitiva, el motivo se desestima.

2.- El motivo segundo del recurso de casación se formula por infracción del artículo 584 en relación con el artículo 582 del Código civil y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sobre necesidad o no de inscribir en el Registro de la Propiedad para que sea constitutivo el derecho, en relación al artículo 64 , 68 y 114 de la Ley del Suelo de 1956 y Texto Refundido de fecha 9 de abril de 1976 y Texto Refundido de 26 junio de 1992 (entonces vigentes).

Este motivo se desestima por dos razones fundamentales. La primera, porque la inscripción en el Registro de la Propiedad no ha sido determinante en las sentencias de instancia del fallo de las mismas, y la segunda, porque la actuación administrativa y, por ende, tal normativa no es aplicable al presente caso por cuanto toda la que se menciona en el motivo corresponde a actos administrativos posteriores a la demanda, que no cabe tenerlos en cuenta pues quedarían sustraídos a la *litis* y al principio de contradicción, quebrantando la norma constitucional de interdicción de la indefensión, que proclama el artículo 24.1 *in fine* de la Constitución Española y así viene recogido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 411 que

proclama por primera vez en nuestro ordenamiento la *perpetuatio iurisdictionis*, por la que se establece que la jurisdicción y la competencia se fijan con arreglo al estado de hechos existentes al tiempo de presentación de la demanda; lo cual no se plantea en el presente caso, pero sí se relaciona con el precepto siguiente, artículo 412, que prohíbe la *mutatio libelli*, regla preclusiva que determina que no se puede tener en cuenta en las sentencia alegaciones o hechos posteriores a la demanda.

Con lo cual debemos reiterar lo expuesto al desestimar el motivo anterior. La vía que separa ambas propiedades no es vía pública en el sentido jurídico del término. Es dominio privado de la comunidad demandada, incluida en un plan urbanístico como dominio público, pero no transmitida al Ayuntamiento.

Por ello, procede desestimar también este motivo.

**3.-** Desestimándose ambos motivos del recurso de casación, procede no dar lugar al mismo, con la imposición de costas que ordena el artículo 398.1 en su remisión a 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

## FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "ORGANIZACION LOZANO, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 7 de diciembre de 2011 , que SE CONFIRMA.

**Segundo** .- Se condena al pago de las costas del recurso a la parte recurrente.

**Tercero.-** Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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 Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz** Jose Luis Calvo Cabello PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.