

Id Cendoj: 28079110012010100692
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1026/2007
 Nº de Resolución: 780/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROPIEDAD HORIZONTAL x
- x ELEMENTOS COMUNES x
- x PREHORIZONTALIDAD x
- x PROPIEDAD HORIZONTAL DE HECHO x
- x DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN x
- x ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO x
- x COSA COMÚN INDIVISIBLE x
- x MOTIVO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

División de cosa común. Improcedencia porque la finca a dividir constituye una propiedad horizontal de facto. Recurso de casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil diez.

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 Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 246/03 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Crepería, S.A** . representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Rosalía Rosique Samper; siendo parte recurrida **doña Begoña** , representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de la mercantil Crepería, S.A. contra doña Begoña , don Rodrigo y doña Luisa (desistiendo posteriormente la actora de su pretensión respecto de los dos últimos codemandados).

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se *"... dicte Sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1. Se declare extinguido el condominio respecto de la finca descrita en el Hecho Primero de esta demanda, de la que son co-titulares los demandados y mi mandante.- 2. Se condene a los demandados a estar y pasar por la división de la cosa común, estimándose que la finca es indivisible y que por ello debe sacarse a subasta, sin admisión de licitadores extraños, abonándose por el adjudicatario a los demás comuneros, lo que del precio de la adjudicación les corresponda en función de sus respectivas cuotas de participación.- 3. Se condene en costas a los demandados que se opusieren a la presente demanda."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Begoña 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, dicte *"... Sentencia por la que se desestime la demanda, y todo*

ello con expresa imposición de costas a la actora..."

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y admitidas se practicaron en el acto del juicio, quedando los autos vistos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 30 de septiembre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Mestres Coll en nombre y representación de "Crepería S.A." contra Dña. Begoña , debo declarar y Declaro extinguido el condominio respecto de la finca descrita en el Hecho Primero de la demanda, de las que son cotitulares la actora y la demandada.- Asimismo, debo condenar y Condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a pasar por la división de la cosa común, la cual, por ser indivisible, deberá ser sacada a pública subasta, con admisión de licitadores extraños.- En cuanto a las costas, cada una de las partes abonará las causadas a su instancia, y las comunes por mitad."*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación doña Begoña , y sustanciada la alzada, la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 25 de enero de 2007 , cuyo Fallo es como sigue: *"Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Begoña contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco, dictada por el Juzgado de Instrucción número dos de Mataró en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimando íntegramente la demanda formulada por Crepería, S.A., absolvemos libremente a la citada señora Begoña de la pretensión deducida contra ella, con imposición a la demandante de las costas de la primera instancia y sin especial pronunciamiento respecto a las del recurso."*

TERCERO.- El Procurador don Jaime Lluch Roca, en nombre y representación de la entidad Crepería S.A., formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos: 1º) Por infracción de los artículos 24 de La Ley de Propiedad Horizontal y 400 del Código Civil; 2º) Por infracción de los artículos 1254, 1257, 1258 y 1262 del Código Civil ; 3º) Por infracción del artículo 1281, párrafo primero, del Código Civil ; 4º) Por infracción de los artículos 564, 567 y 537 del Código Civil y 5º) Por infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 31 de marzo de 2009 por el que se acordó la admisión del recurso, así como que se diera traslado del mismo a la recurrida doña Begoña , que se opuso a su estimación alegando además causas de inadmisibilidad.

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 10 de noviembre de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Crepería S.A. interpuso ante los Juzgados de Primera Instancia de Mataró demanda de procedimiento ordinario en solicitud de división de cosa común contra doña Begoña y otros dos, respecto de los cuales desistió de la acción al haber adquirido sus participaciones indivisas en la finca litigiosa, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara extinguido el condominio respecto de la finca descrita en el hecho primero de la demanda de la que las partes son cotitulares, condenando a la demandada a estar y pasar por la división de la cosa común, estimándose que la finca es indivisible y que por ello debe sacarse a subasta, sin admisión de licitadores extraños, abonándose por el adjudicatario a los demás comuneros lo que del precio de la adjudicación les corresponda en función de sus respectivas cuotas de participación, con imposición de costas a la parte demandada.

La referida finca tiene la siguiente descripción: finca urbana, porción de terreno con una casa en ella construida, sita en término de Alella, procedente de la finca denominada " DIRECCION000 ", de extensión superficial en junto cinco mil ciento noventa y dos metros setenta y tres decímetros cuadrados. Inscrita al Tomo NUM000 , Libro NUM001 de Alella, folio NUM002 , finca registral NUM003 .

Dicha demandada, doña Begoña , se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2005 por la cual estimó parcialmente la demanda y declaró extinguido el condominio respecto de la finca descrita en el hecho primero de la demanda de la que son cotitulares ambas partes, debiéndose vender la finca en pública

subasta, con admisión de licitadores extraños, al resultar indivisible; todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas.

La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) dictó nueva sentencia de 25 de enero de 2007, por la que estimó el recurso y revocó la sentencia dictada en primera instancia para, en su lugar, desestimar íntegramente la demanda formulada por Crepería S.A. y absolver a la demandada, con imposición a la parte actora de las costas causadas en primera instancia y sin especial pronunciamiento sobre las de la alzada.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación la demandante Crepería S.A.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Audiencia, hoy recurrida, recoge en su fundamento de derecho primero los antecedentes fácticos de la cuestión litigiosa en la forma que se transcribe a continuación:

"En 1980 cuatro señores eran propietarios, por cuartas e iguales partes, de la finca registral NUM003 del municipio de Alella. Mediante escritura de 14 de febrero de dicho año, segregaron cuatro parcelas, que atribuyeron en exclusiva propiedad una a cada uno de los cuatro propietarios, de manera que cesó la situación de indivisión respecto a una parte de la aludida finca NUM003. Las nuevas fincas fueron inscritas con los números NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007 del mismo municipio. Las segregaciones no agotaron toda la superficie de la matriz, pues quedó un resto, de 5.192,73 metros cuadrados según la aludida escritura, sobre el cual continuó recayendo la situación de indivisión. Sobre tres de esas nuevas fincas se construyeron otras tantas viviendas unifamiliares completamente independientes entre sí.

La demandante Crepería S.A., adquirió en 2002 una de esas nuevas fincas independientes, la NUM004, que era la que no había sido edificada. También adquirió en dicho año la cuarta parte indivisa de la finca matriz, la repetida registral NUM003, de la que compró otras dos cuartas partes con posterioridad, en el año 2003, de manos de las respectivas propietarias de las fincas NUM005 y NUM006.

En este proceso, la aludida sociedad pretende el cese en la situación de indivisión que continúa existiendo sobre la finca matriz, de la que, como hemos visto, Crepería S.A. ha llegado a ser titular de las tres cuartas partes indivisas. A dicha pretensión se opone la demandada, Dña. Begoña, la cual ha sostenido, y sostiene ahora en la apelación, que estamos ante un caso de aplicabilidad de la legislación de propiedad horizontal, porque lo que hoy es finca NUM003 conforma un conjunto de elementos comunes adscritos al uso de las cuatro fincas independientes que se segregaron en el año 1980".

TERCERO.- La Audiencia razona en su sentencia, hoy impugnada, afirmando la existencia de una propiedad horizontal "de facto" sobre el resto de la finca matriz -la registral nº NUM003- por lo que desestima la acción de división.

Entiende, y así lo afirma en el fundamento de derecho segundo, que se da en el caso un supuesto de "propiedad horizontal tumbada" *«en los que hay un derecho de propiedad exclusivo sobre un trozo de terreno, edificado o no, y además una copropiedad sobre otros terrenos, normalmente contiguos al primero, dedicados a fines o servicios variables, como viales situados entre las distintas parcelas o instalaciones de uso común. Tanto en el caso de los bloques de pisos como en el de los conjuntos formados por parcelas y partes comunes adyacentes, no puede pretenderse el cese de la indivisión de las partes sobre las que recae la propiedad común, como disponen los artículos 396 del Código Civil y 4 de la Ley de Propiedad Horizontal»*. Viene a continuación a poner de manifiesto que esa fue la voluntad de quienes al principio eran propietarios por cuartas e iguales partes de la repetida finca nº NUM003 en cuanto llevaron a cabo una división de la finca segregando cuatro parcelas para constituir otras tantas fincas registrales y dejando un resto con carácter común, que es sobre el que ahora se acciona. Cita la jurisprudencia de esta Sala sobre el reconocimiento de la propiedad horizontal "de facto" incluso antes de la reforma operada en la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/1999, de 6 abril, y concluye en la imposibilidad de imponer el cese de la indivisión sobre todo el resto de la finca matriz nº NUM003 porque en ese resto se comprenden elementos comunes por naturaleza, como es una calle, a lo que añade que de llevarse a cabo el cese de la situación de indivisión *«la calle central pasaría a ser propiedad de una persona, quizá ajena a los otros propietarios, con lo que habrían de constituirse servidumbres, que nadie ha previsto y que, además, serían por completo ajenas a lo que fue voluntad de los cuatro señores que fundaron el conjunto hace más de 25 años, que quisieron constituirlo con una calle central de acceso común a las cuatro fincas que se segregaron»*

CUARTO.- Sentado lo anterior, procede resolver acerca de las causas de inadmisión de los motivos del recurso de casación que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha opuesto la parte recurrida.

En primer lugar, dicha parte sostiene que no resultan admisibles los motivos segundo a quinto por cuanto se refieren a infracciones legales no puestas de manifiesto en el escrito de preparación como exige el artículo 479.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que en la fase de preparación del recurso únicamente indicó la parte recurrente la existencia de una infracción de los artículos 24 de la Ley de Propiedad Horizontal y 400 del Código Civil, a la que se refiere en el motivo primero del escrito de interposición, sin referencia alguna a las infracciones que después incorpora "ex novo" en el escrito de interposición (motivos segundo a quinto).

Ello es suficiente para rechazar de plano tales motivos en tanto que el objeto del recurso de casación queda invariablemente determinado en el escrito de preparación mediante la mención de la infracción o infracciones legales que se consideran cometidas. Baste al respecto la cita, entre los más recientes, del auto de esta Sala de fecha 25 de mayo de 2010 (Recurso núm. 174/2009), según el cual « el planteamiento de infracciones o la cita de los preceptos infringidos en el escrito de preparación es un requisito esencial, cuya omisión no puede ser subsanada, a través del recurso de reposición preparatorio de la queja o en fase de interposición, pues constituye un presupuesto de recurribilidad establecido por el legislador para la preparación del recurso de casación, que se orienta a que el tribunal que debe decidir sobre ella pueda comprobar la concurrencia a su vez de otros presupuestos del recurso. Es, pues, esta condición de presupuesto o requisito procesal -de tinte instrumental, como se ve- lo que hace insubsanable el incumplimiento de la carga impuesta al recurrente en casación (cf. SSTC 16/92, 41/92, 29/93, 18/98 y 23/99), impidiendo que en fase de interposición se aleguen como infringidos preceptos o se pongan de manifiesto infracciones no alegadas en el escrito de preparación».

Sin embargo, no cabe rechazar inicialmente y por razones formales el primero de los motivos formulados, según pretende igualmente la parte recurrida, en cuanto dicho motivo sí cumple con el expresado requisito, sin perjuicio de las consideraciones que siguen.

QUINTO.- Entrando en el examen del motivo primero, el que se refiere a la infracción del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal y 400 del Código Civil, la parte recurrente viene a sostener como fundamento del mismo que «en definitiva el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal ha sido infringido, pues esta supuesta propiedad horizontal "de facto" no está constituida ni querida, y los argumentos en su favor suponen un forzamiento de la realidad, artificioso, que rompe las reglas de la presunción del artículo 386 de la LEC y resulta innecesario para evitar unos supuestos males (el corte de viales), que por ministerio de la ley no pueden darse».

El motivo ha de ser desestimado. En primer lugar, porque fundamentalmente aborda una cuestión de hecho como es la conexión física de los terrenos, cuya división se pretende, al servicio de las parcelas segregadas con anterioridad, siendo así que el recurso de casación está ordenado a resolver sobre infracción de normas jurídicas y no sobre cuestiones de hecho, pues esto último llevaría a su desnaturalización y a su conversión en una tercera instancia (SSTS de 12 de mayo y 30 de junio de 2005 y 10 de diciembre de 2008, y 13 abril 2010, entre otras). Y en segundo lugar porque incluso la situación jurídica generada por las anteriores segregaciones llevadas a cabo por los cuatro propietarios de la finca nº NUM003 en el año 1980, dejando un resto en común, pone de manifiesto el destino comunitario de esa porción de terreno que no quisieron dividir y que efectivamente podría serlo -o ser procedente el cese en la indivisión mediante venta en pública subasta- si todos los partícipes así lo acordaran desafectando libremente el terreno de ese uso de carácter común pero, en ningún caso, puede ser impuesta por unos propietarios a otros como aquí se pretende.

Por otro lado, el hecho de la falta de constitución y de funcionamiento formal de la propiedad horizontal no impide su existencia, como ampliamente ha justificado la Audiencia en la sentencia hoy recurrida, y tiene declarado esta Sala, entre otras, en sentencia de 28 de mayo de 2009 (Recurso núm. 2401/04), que cita otras anteriores como las de 7 abril 2003 y 17 julio 2006, para concluir que «la posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo de la misma es evidente y así la reconoce el artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, en la redacción que le dio la Ley 8/1999, de 6 de abril, cuando dice que la ley será de aplicación no sólo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el artículo 5, mediante otorgamiento de título, sino también a aquéllas comunidades que, reuniendo los requisitos del artículo 396 del Código Civil, no lo hubiesen otorgado».

SEXTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo de conformidad con lo establecido en los artículos 398.1 y 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

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Creperia S.A.** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de fecha 25 de enero de 2007 en Rollo de Apelación nº 268/06 , dimanante de autos de juicio ordinario número 246/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró , en virtud de demanda interpuesta por dicha recurrente contra doña Begoña , la cual **confirmamos** con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.