



Roj: **STS 799/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:799**

Id Cendoj: **28079110012016100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **22/2014**

Nº de Resolución: **125/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2941/2013,**
STS 799/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo el 18 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación 384/2013, dimanante del juicio ordinario 427/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Amparo y doña Hortensia, representadas por el procurador don Eduardo Codes Feijoo.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Ángel y don Esteban, representados por el procurador don José Ignacio de Noriega Arquer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Isabel Fernández Fuentes en nombre y representación de don Esteban y don Ángel, formuló demanda de juicio ordinario sobre acción de división de cosa común, contra doña Amparo y doña Hortensia, suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«Tenga por presentado este escrito con sus documentos y copias; y por comparecido a la Procuradora que suscribe en la representación que ostenta y acredita, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por deducida DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO sobre acción de división de cosa común contra Dña. Amparo y contra Dña. Hortensia, dándoles traslado de las copias para que contesten en el plazo de 20 días y si no se alcanza acuerdo en la audiencia previa al juicio, se reciba el pleito a prueba, practicándose las pruebas que propondremos en el momento de la celebración de dicha audiencia y en definitiva dicte sentencia por la que estimando la demanda:

I- Se declare la división del condominio que ostentan los demandantes, D. Esteban y D. Ángel y las demandadas Dña. Amparo y Dña. Hortensia sobre el inmueble descrito en el Hecho Segundo de la demanda.

2º.- Acuerde la adjudicación de los distintos pisos, locales, semisótano y desván bajo cubierta de forma independiente, en proporción a las respectivas cuotas de participación, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396 del Cód. Civil, compensando las diferencias que pudieran existir en las adjudicaciones mediante pago en metálico, de conformidad con la propuesta que se contiene en el CUADRO IV y en el HECHO CUARTO de esta demanda.



3º- Se condene a las demandadas a otorgar Escritura de División Horizontal, así como cualquier otra que fuese necesaria, en los términos previstos en el artículo 396 del Cód. Civil , distribuyendo los gastos en proporción a la superficie útil de cada piso o local, así como la obligación de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, se procederá por el Juzgado a otorgar en su nombre las correspondientes Escrituras.»

2.- Por Decreto de 25 de mayo de 2012 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a las partes para contestar.

3.- La procuradora de los Tribunales doña Margarita Roza Mier en nombre y representación de doña Amparo y doña Hortensia , contestó a la demanda formulada de contrario suplicando al Juzgado:

«Que tenga por presentado este escrito y documentos acompañantes y sus copias, los admita, y a mí por parte en la representación indicada, tenga por contestada la demanda en tiempo y plazo, para que tras los trámites precisos, dicte Sentencia con el siguiente contenido: De forma principal, desestimando la demanda de forma íntegra, al no ser posible la división en propiedad horizontal planteada de contrario, conforme se ha argumentado en el cuerpo del presente escrito de contestación y valorando que tal división en propiedad horizontal constituye el presupuesto necesario para una partición en viviendas y locales. De forma subsidiaria, llevando a efecto la partición y adjudicaciones finales en la forma planteada por esta parte, esto es: A doña Amparo , le corresponden adjudicaciones por importe de 144. 174,39 ? y se le adjudica en pago los siguientes bienes: El usufructo del NUM000 , el usufructo del NUM001 , el usufructo del bajo NUM002 , y la plena propiedad del bajo]ºy NUM003 , teniendo un defecto de adjudicación de 12.859,986, que será compensado por sus hijos Ángel y Esteban en la proporción del exceso de estos. A doña Hortensia , le corresponde adjudicaciones por importe de 361.059 ? y se le adjudica en pago los siguientes bienes. La vivienda NUM004 , el NUM005 , el bajo NUM006 , el bajo nº NUM006 y la nuda del NUM001 . Teniendo un defecto de adjudicación de 11.313,526, que deberán ser abonados por Esteban en función a su exceso de adjudicación. A don Esteban , le corresponde adjudicaciones por importe de 361.059 E y se le adjudica en pago los siguientes bienes. La vivienda NUM007 , NUM008 , NUM009 y la nuda del NUM000 . Teniendo un exceso de adjudicación de 19.440,98 E, con el que ha de compensar económicamente a doña Amparo y doña Hortensia . A don Ángel , le corresponde adjudicaciones por importe de 361.059 E Y se le adjudica en pago los siguientes bienes. La vivienda NUM010 , NUM009 , NUM011 , nuda del bajo NUM012 , teniendo un exceso de 4.732.54 E. debiendo compensar a doña Amparo su defecto. Haciéndose preciso la participación en las deudas resultado de la explotación del inmueble vigente, en el momento de practicar la división, de acuerdo con los porcentajes de participación mutuamente aceptados por ambas partes, esto es:

Esteban 29,41 773668 %

Ángel 29.41773668 %

Hortensia 29,41773668 %

Amparo 11,74679 %.

Y en todo caso, con expresa condena en costas a la parte contraria.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo dictó sentencia el 18 de junio de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Que estimando la demanda formulada por Don Esteban y Don Ángel frente a Doña Amparo y Doña Hortensia , declaro la división del condominio que ostentan Don Esteban y Don Ángel y Doña Amparo y Doña Hortensia sobre el inmueble descrito en la demanda y acuerdo la adjudicación de los distintos pisos, locales, semísótano y desván bajocubierta de forma independiente, en proporción a las respectivas cuotas de participación, con sus elementos comunes anejos, compensando las diferencias que pudieran existir mediante pago en metálico, de conformidad con la propuesta contenida en el hecho cuarto de la demanda, condenando a las demandadas a otorgar escritura de división horizontal, distribuyendo los gastos en proporción a la superficie útil de cada piso o local, así como la inscripción en el Registro de la propiedad.

Se impone a la parte demandada el abono de las costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Amparo y doña Hortensia , correspondiendo su resolución a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia el 18 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:



«Se desestima el recurso de apelación interpuesto por doña Amparo y doña Hortensia contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario que con el número 427/12 se siguieron ante el Juzgado de 1 Instancia nº 1 de Oviedo. Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.»

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

1.- La representación procesal de doña Amparo y doña Hortensia, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la anterior resolución, con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Primero: Se formula al amparo del artículo 469.1.4 de la LEC y se invoca la infracción del artículo 24 CE en relación con el artículo 120.3 CE, y 218 LEC y 5 LOPJ,

Segundo: Se formula al amparo del ordinal 2º del artículo 469. 1 LEC, por infracción del artículo 218 LEC, por incongruencia.

Tercero: Se formula al amparo del artículo 469.1.2 LEC, invocando la infracción del artículo 218 LEC, en relación con los artículos 326 y 327 LEC y 1225 y 1281 a 1289 CC.

Recurso de casación.

Primero: se formula al amparo del artículo 477. 2 LEC, por la posible violación del artículo 401 CC, en relación a los artículos 3 y 5 LPH y de los puntos 4º y 5º del artículo 8 LH,

Segundo: se formula por la posible violación de los artículos 6.3 CC, 1116 CC y 1184 CC y 1274 CC

Tercero: se formula por la posible violación del artículo 401 CC,

Cuarto: se formula por la posible violación del artículo 401 CC, en relación con el artículo 7.1 CC

2.- La Sala dictó Auto el 27 de mayo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto por doña Amparo y doña Hortensia contra la sentencia dictada por con fecha 18 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª, Oviedo), en el rollo de apelación nº 384/2013, dimanante del juicio ordinario nº 427/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Ángel y don Esteban, formularon oposición a los recursos interpuestos de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 16 de febrero de 2016 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes

Son hechos relevantes para la decisión del recurso las que a continuación se exponen:

1.- Don Vicente y doña Palmira otorgaron escritura de declaración de obra nueva sobre un terreno de su propiedad el 12 de febrero de 1963 por la que se hacía constar la construcción, con la correspondiente licencia municipal, de una casa compuesta de seis plantas.

La planta baja se destina a fines comerciales y las cinco plantas altas a viviendas, con dos viviendas por planta; es decir, un total de dos locales comerciales y 10 viviendas. Cada vivienda consta de vestíbulo, tres dormitorios, comedor-estar, cocina, cuarto de aseo, despensa, solana y armarios empotrados. A continuación se recogía la superficie construida y útil de cada vivienda, los linderos de la obra nueva, y se solicitaba que el señor Registrador de la Propiedad la inscribiese a nombre de los otorgantes, por mitad y proindiviso, con las características consignadas.

2.- Este bien lo adquirió por herencia de su madre don Balbino, quien falleció intestado y, como operación particional de su herencia, pertenece en régimen de la Comunidad de bienes, en la proporción que se indica en la demanda, a su esposa doña Amparo y a sus hijos doña Hortensia, don Balbino y don Esteban.

3.- La sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 19 de julio de 2011, en grado de la apelación, determinó que, al estar partida la herencia, lo que correspondía era la división de cada inmueble común de conformidad con los artículos 400 y ss y demás concordantes CC.



4.- Los hermanos don Esteban y don Ángel , con fundamento en tales antecedentes, ejercitaron contra el resto de los copropietarios del bien, su madre doña Amparo y su hermana doña Hortensia , acción de división de cosa común, solicitando que se pusiese fin a la comunidad de bienes existentes sobre el edificio en cuestión mediante la fórmula de su conversión al régimen de propiedad horizontal, con adjudicación a cada uno de los copropietarios de los distintos pisos y locales que lo integran, en proporción a su cuota de participación en la comunidad de bienes, de acuerdo con la propuesta formulada en el hecho cuarto de la demanda.

5.- La parte demandada alegó lo siguiente:(i) su desacuerdo con la valoración de los locales; (ii) que en la escritura de obra nueva de 12 febrero de 1963 no se incluyó la planta bajo-cubierta ni el sótano, en el que se ubican las carboneras, existiendo dificultades para su legalización; (iii) que debe adjudicarse a doña Hortensia el local que usa como garaje, que fue reformado a su costa; (iv) que debe valorarse la situación económica de doña Amparo , que podría compensarse con la atribución de un tercio de los alquileres, proponiendo una adjudicación que contempla esas previsiones.

6.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones: (i) es evidente la posibilidad de división del inmueble común mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal, situación que, de hecho, ya existe sin que, además, exista desigualdad entre los lotes, según la participación de cada comunero, y sin que sean importantes las compensaciones en metálico en relación al valor del conjunto; (ii) no sería obstáculo la imposibilidad de legalizar administrativamente la planta bajocubierta, por no impedir la división, puesto que se adjudicaría como elemento común y no perjudicaría a ningún comunero; (iii) la situación económica de doña Amparo , en defecto de acuerdo de todas las partes, no puede alterar su participación en la herencia y, por ende, en la comunidad de bienes; (iv) se opta por la valoración que hace el perito judicial que goza de imparcialidad y parte de los precios de mercado; (v) el previo uso de algunos pisos o locales por los herederos, como situación de hecho, no vincula a la hora de adjudicar los mismos salvo acuerdo de ellos, pues ha de buscarse en este momento el equilibrio económico entre los lotes.

7.- La representación procesal de doña Amparo y doña Hortensia interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la Sección número 6 de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 18 de noviembre de 2013 desestimatoria del mismo.

8.- La parte recurrente, a juicio de la sentencia de la Audiencia, alega que la división jurídica no es posible porque en la propuesta de adjudicación de los actores, que acepta la sentencia de Primera Instancia, se incluyen los trasteros situados en el semisótano y la planta bajocubierta, cuando éstos espacios no figuran en el registro ni en el título de propiedad y no son legalizables de acuerdo con la normativa urbanística. Además, completa su alegación, en que la fórmula de división postulada exige una escritura pública en la que se concreten los coeficientes de participación de los distintos predios que la integran, la determinación detallada de sus distintos elementos comunes y privativos, así como el establecimiento de unas normas mínimas de convivencia entre los vecinos.

9.- La Audiencia, al rechazar ese motivo, hace un preámbulo sobre la existencia de un régimen de facto de la propiedad horizontal, sin que el título constitutivo sea elemento esencial para su existencia como tampoco la inscripción en el Registro. Pero más adelante concluye que el otorgamiento de la escritura pública se podrá llevar a cabo si lo estiman las partes como consecuencia lógica del pronunciamiento divisorio acordado en la sentencia de primera instancia, siendo física y jurídicamente posible convertir la comunidad ordinaria en propiedad horizontal. No aprecia obstáculo para ello en lo alegado sobre el semisótano y la planta bajocubierta, por cuanto podrán ser objeto de aprovechamiento por los copropietarios como anejo de las viviendas o como elemento común de uso privativo.

10.- La sentencia de apelación rechaza también la fórmula alternativa que contempla el usufructo de la madre sobre los elementos privativos, por los motivos que, en esencia, sostiene la de primera instancia, pues precisaría conformidad de todos los copropietarios. A ello se añade que no puede acogerse la doctrina de los actos propios por cuanto la propuesta de división en el cuaderno de la dirimente en los autos previos de división judicial de herencia, no alcanzó efectividad.

11.- Tampoco acoge que el local número 2 que viene poseyendo y usando la demandada doña Hortensia se le adjudique a ella, por no concurrir el consentimiento previo de los actores a tal adjudicación, siendo su ocupación una situación de hecho impuesta o meramente tolerada. Sólo se reconoce como consentimiento unánime entre los copropietarios la adjudicación a cada uno de ellos de la vivienda que vienen o han venido utilizando cada uno de ellos.

12.- Motiva la sentencia de apelación que no aprecia error en la valoración de los locales por cuanto la única discrepancia entre los peritos se refiere al local número 1 y se reputa ajustada a los criterios de la sana crítica la opción de la juzgadora de la primera instancia.



13.- La representación procesal de doña Amparo y doña Hortensia interpone contra la anterior sentencia recurso de casación, conforme a los artículos 477 y siguientes de la LEC , al amparo del motivo segundo del artículo 477.1 de la LEC , por entender que infringe preceptos del CC, LPH, LH y Ley del Suelo, y doctrina contenida en jurisprudencia de esta Sala en interpretación de la citada normativa. Asimismo interpone recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de los motivos segundo y cuarto del artículo 469.1 de la LEC , al entender que la sentencia ha violado normas procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE .

14.- Por Auto de la Sala de 27 de mayo de 2015 se admitieron ambos recursos y, tras el oportuno traslado, fueron impugnados por la parte recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer Motivo. Enunciación y Planteamiento.*

Se formula al amparo del artículo 469.1.4 de la LEC y se invoca la infracción del artículo 24 CE en relación con el artículo 120.3 CE , y 218 LEC y 5 LOPJ , por falta de motivación, en atención a que en la resolución impugnada faltaría un adecuado pronunciamiento para confirmar la obligación de la parte de otorgar escritura pública de división en propiedad horizontal «en una forma concreta y que incluya un reparto determinado de bienes»; con lo que se estaría condenando a la parte al otorgamiento de un instrumento público, pese a reconocer que esta obligación no resulta de posible cumplimiento.

Al desarrollar la argumentación del motivo concluye que la sentencia recurrida, pese a reconocer la imposibilidad de otorgamiento de la escritura de división de propiedad horizontal en los términos interesados por los demandantes y concedidos en la sentencia de la primera instancia, condena a ello, esto es, a una obligación imposible de cumplir, resultando de lo anterior un razonamiento ilógico e irracional, que es contrario a los preceptos invocados de la CE. Añade que es patente la contradicción existente entre argumentación y fallo.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- En el extenso desarrollo argumental del motivo existe cierta dificultad para concretar la infracción, como alega la parte recurrida, o lo que es lo mismo adolece de adecuada técnica casacional. No obstante, las dudas sobre la admisibilidad del recurso quedan disipadas por la nitidez, aunque reiterativa y algo confusa en la exposición, de la cuestión jurídica planteada, que no es otra que la de confirmar la sentencia recurrida la de primera instancia, que condena al otorgamiento de la escritura pública de constitución de propiedad horizontal a pesar de reconocer que no es posible su otorgamiento.

2.- Hemos de tener en cuenta como hemos repetido en otras ocasiones (STS de 1 de febrero de 2016, Rc. 531/2014) que «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella» (sentencias 294/2012, de 18 mayo ; 95/2014, de 11 marzo ; y 467/2015, de 29 julio).

En nuestro caso es cierto que la sentencia recurrida ha podido ser más clara en la manifestación de la *ratio decidendi* , pero también lo es, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que lo que ha querido expresar es que para que exista régimen de propiedad horizontal no es precisa la existencia de título constitutivo formal y su inscripción en el Registro de la Propiedad, pudiendo ser su existencia de facto. Pero más adelante razona que el otorgamiento de la escritura pública se podrá llevar a cabo si se interesa por la parte, que es el caso, como consecuencia del pronunciamiento divisorio acordado en la sentencia de primera instancia. Añade que es posible física y jurídicamente convertir la comunidad ordinaria existente en propiedad horizontal, motivando como se orillan los obstáculos alegados por la parte demandada.

Lo que la sentencia recurrida razona se podrá compartir o no pero no se le puede reprochar falta de motivación ni que ésta sea ilógica o arbitraria.

Con ello colma dicha sentencia la exigencia constitucional de motivación que, como se ha recordado en otras ocasiones (sentencias 297/2012, de 30 de abril , y 523/2012, de 26 julio), «no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo la motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución ».

Lo mantenido y razonado por la sentencia recurrida se compadece con la doctrina de la Sala. La STS de 1 de febrero de 2007 , Rc. número 1694/2000, declara que «La propiedad horizontal surgirá automática y necesariamente siempre que se dé esa pluralidad de propietarios, bien por adquisición por cualquiera de los

modos establecidos en la legislación civil de alguno de los pisos o locales del inmueble (STS de 28 de junio de 1986), bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros (artículo 401, párrafo segundo, del Código Civil), y ello con independencia de que previamente se haya formalizado o no el título constitutivo, cuyo documento constituye la necesaria investidura jurídica formal a aquél presupuesto fáctico...»

Pero naturalmente será preciso que la petición, como en el presente supuesto, se formule por un comunero.

Si así es el Tribunal, aunque se opongan los demás comuneros, ha de acordar esta forma de división, siempre que sea posible, y esto último trasciende la infracción procesal y es propio del recurso de casación, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los comuneros, dado el tono imperativo del artículo 401 CC, como recuerda la STS de 10 de enero 2008 .

En atención a lo expuesto el motivo se desestima.

CUARTO.- Segundo Motivo. Enunciación de Planteamiento.

Se formula al amparo del ordinal 2º del artículo 469. 1 LEC , por infracción del artículo 218 LEC , por incongruencia.

Se hace de forma supletoria al anterior motivo y con fundamento en la misma argumentación.

QUINTO.- Decisión de la Sala.

1.- La jurisprudencia, como excepción a la norma general que exige que la incongruencia se manifieste por una discordancia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y lo pedido en el suplico de la demanda, permite apreciar incongruencia también en los casos en que existe contradicción entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva (sentencias de esta sala núm. 148/2000, de 23 de febrero , 61/2005, de 15 de febrero , y 216/2014, de 16 de abril). Esta incongruencia interna puede tener lugar « *por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -"ratio decidendi"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incuestionable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la oscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia* » (sentencias núm. 571/2012, de 8 de octubre , y núm. 216/2014, de 16 de abril).

(SSTS de 19 noviembre 2014, Rc. 1227/2013 y 17 abril 2015, Rc. 611/2013).

2.- Aplicando tal doctrina al supuesto enjuiciado el motivo no puede prosperar, por cuanto el fallo es congruente con la fundamentación jurídica de la sentencia, aunque como ya se ha argumentado al dar respuesta en el anterior motivo se echa en falta una metodología más ordenada y clara sobre la cuestión jurídica objeto del recurso de apelación en ese concreto motivo.

SEXTO.- Tercer motivo. Enunciación y Planteamiento.

Se formula al amparo del artículo 469.1.2 LEC , invocando la infracción del artículo 218 LEC , en relación con los artículos 326 y 327 LEC y 1225 y 1281 a 1289 CC , al entender la existencia de un grave error en la valoración de la prueba por preferir el Tribunal la valoración del perito Eliseo a la del perito Lucio , en relación con la valoración de los locales.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala.

1.- Al igual que en el primer motivo el presente se formula con una patente falta de técnica casacional que justificaría su inadmisión, como alega la parte recurrida.

Recuerda la sentencia número 101/2011, de 4 de marzo que «la casación no es una tercera instancia, sino un grado de enjuiciamiento jurisdiccional limitado y peculiar que exige que la recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone por qué se ha infringido, ya que no es función de la Sala construir el recurso sobre impugnaciones genéricas que se limitan a exponer las discrepancias de la recurrente con la sentencia recurrida. Esta exigencia es necesaria para que la contraparte no se halle en una situación de indefensión y para que la casación cumpla su función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema (STS de 26 de julio de 2010)».

Precisamente es lo que sucede en el presente motivo en el que se invocan en cascada un ingente número de preceptos infringidos, unos de naturaleza procesal y otros de naturaleza sustantiva.



2.- No obstante, y como aflora como cuestión jurídica la del error en la valoración de la prueba pericial respecto del valor que se asigna a los locales, por optar la sentencia recurrida por el informe del perito judicial y no por el aportado por la parte, ofrecemos respuesta al motivo sobre tal extremo.

3.- La nueva LEC otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, por lo que, como recordaba la sentencia de 15 de diciembre de 2015, Rc. 2006/2013, las partes «[...] en virtud del principio dispositivo y derogación, pueden aportar prueba pertinente, siendo su valoración competencia de los Tribunales, sin que sea lícito tratar de imponerla a los juzgadores. Por lo que se refiere al recurso de apelación debe tenerse en cuenta el citado principio de que el juzgador que recibe prueba puede valorarla aunque nunca de manera arbitraria». En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010, resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la «sana critica», y, de otro lado, porque el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.

4. Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado no se aprecia que la motivación del Tribunal de apelación incurra en errores patentes, sea arbitraria o ilógica. Razona la sentencia recurrida que ambos peritos se basan en criterios de valoración válidos y comúnmente aceptados, llegando en relación a la mayor parte de los locales a resultados sustancialmente idénticos, hasta el punto de que el perito de las demandadas reconoció que prácticamente la discrepancia relevante se refería al local número 1. Con tales antecedentes, sigue razonando el Tribunal que es lógico y no arbitrario que el juzgado diese prioridad al informe que valoró en su práctica de mayor imparcialidad y objetividad, por tratarse de un perito insaculado por el juzgado en el proceso previo sobre división judicial de herencia.

El motivo se desestima

Recurso de Casación.

OCTAVO. - *Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.*

Se formula al amparo del artículo 477. 2 LEC, por la posible violación del artículo 401 CC, en relación a los artículos 3 y 5 LPH y de los puntos 4º y 5º del artículo 8 LH, que recogen los datos precisos que debe contener el título de división en propiedad horizontal para su otorgamiento y posterior inscripción. Y los artículos 208 de la LH y 20 del Real decreto Legislativo 2/2008 del texto refundido de la Ley del Suelo, en la que se determinan los requisitos precisos para llevar a efecto una modificación de los datos registrales por medio de escritura de obra nueva.

En el desarrollo argumental del motivo, extenso y mezclando también cuestiones de naturaleza procesal, viene a plantear que al confirmar la resolución impugnada la condena al otorgamiento de la escritura pública determinada en primera instancia, pero sin que la demanda ni la sentencia precise la forma de cumplir la obligación de división en propiedad horizontal, conlleva la imposibilidad de inscripción, por lo que se estaría condenando a algo de imposible cumplimiento por ausencia de datos esenciales para ello.

En concreto entiende la parte recurrente que sería precisa una completa descripción de los predios resultantes, la determinación de los coeficientes de participación en las viviendas, concretando si los bajos participan del mismo modo que ellas, y unas normas de funcionamiento y organización mínimas. Añade que existe otro problema, cual es que el espacio bajo-cubierta y semisótano no se encuentran recogidos en el título de propiedad ni en el catastro, y por sus dimensiones y accesos no son legalizables como espacios privativos para trasteros.

NOVENO. - *Decisión de la Sala.*

1.- Se ha de partir de que el artículo 400 CC dispone que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, de modo que «cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». Este reconocimiento tan explícito de la acción de división se presenta como aplicación de uno de los principios rectores que informan la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana: la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de indivisión, de forma que se erige en una



significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (artículo 1965 del CC), calificada, además como irrenunciable.

Como recoge la STS de 21 de octubre de 2014, Rc. 2501/2012 , *la división de la cosa común -actio communi dividundo- proviene de Derecho romano por el principio de nemo invito compellitur ad communionem, recogida en el artículo 400 del Código civil como facultad imprescriptible del derecho de propiedad, como dice la sentencia de 26 mayo 2011 , cuya «práctica de la división, cuando queda sometida al ejercicio de la acción queda al buen sentido de la decisión judicial - discrecional, que no arbitraria-a... la vista de las pretensiones de las partes», lo que expresa literalmente dicha sentencia. Y tal como ya habían dicho las sentencias del 7 julio 2006 , 27 marzo 2009 y 15 diciembre 2009 : «la idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (nemo invitus compellitur ad communionem), que no es sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (communio est mater discordiarum)»*

2. - En el presente supuesto no existe una oposición a la división de la cosa común, sino a la forma de materializarla.

Dice la sentencia de 26 de septiembre de 1990 , citada por la de 13 de julio de 1996 , que uno de los modos o formas a través de los cuales puede cristalizar tal facultad divisoria o distintiva de la comunidad, cuando el bien comunitario sea un edificio y así lo pida uno de los condueños, es mediante la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme autoriza el párrafo segundo del artículo 401 CC . Tal criterio se aplicó como doctrina jurisprudencial por la de 30 de julio de 1999 y más recientemente por la de 1 de marzo de 2001, Rc. 286/1996, que recoge cómo razonó la Sala la interpretación de este precepto, indicando que *«para poder desplegar la finalidad a la que está llamado, exige: a) Que las características del edificio lo permitan, lo que ha de entenderse tanto desde el punto de vista meramente estructural o arquitectónico sin tener que acudir a la realización de importantes y sustanciales obras, cuanto desde la perspectiva de las adjudicaciones individualizadas de pisos o locales independientes que hayan de hacerse a cada uno de los condueños, en función de sus respectivas cuotas o participaciones indivisas y para el pago de las mismas, de tal manera que si, por razón de la ostensible desigualdad de dichas cuotas indivisas de unos condueños con respecto a las de otros, no cabe la posibilidad de hacer a cada uno las referidas adjudicaciones individualizadas de elementos independientes del edificio sin tener que acudir a fuertes o elevadas compensaciones en metálico (supuesta, como es lógico, la oposición a ello por parte de alguno de los copropietarios), habrá de concluirse que, en dicho caso concreto, las características del edificio no lo permiten. b) En íntima relación con lo anteriormente dicho, el modo extintivo a que nos venimos refiriendo presupone necesariamente la no pervivencia (entre los mismos condueños o varios de ellos) de la copropiedad ordinaria sobre parte del edificio, pues, si así ocurre, se contradice frontalmente la «ratio legis» de esta peculiar y específica forma de «división», que es, precisamente, la de poner fin de modo definitivo a la comunidad ordinaria que se trata de extinguir, dejando plenamente agotada ya la «actio communi dividundo», lo que indudablemente no ocurriría si se mantuviera la copropiedad ordinaria sobre parte del edificio entre los mismo condueños o varios de ellos, quienes volverían a poder disponer de la expresada acción divisoria, cuando ésta, como acaba de decirse, debió haber quedado plena y definitivamente agotada.»*

3.- Una vez expuestas las anteriores consideraciones para resaltar, partiendo de los hechos descritos en el resumen de antecedentes, cómo el medio elegido por la parte actora para obtener la división de la cosa común es idóneo y se compadece con la normativa del Código Civil e interpretación de la Sala sobre ella, procede examinar si existen dificultades insalvables para el otorgamiento de la escritura pública constitutiva del régimen de propiedad horizontal.

4.- La descripción de los predios resultantes se infiere con nitidez de la escritura de declaración de obra nueva otorgada el 12 de febrero de 1963. Así mismo consta tanto la valoración de los locales como la superficie construida y útil de cada una de las viviendas, con lo que la determinación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local no ofrece dificultad al existir constancia de las bases para su especificación. Que no se prevean normas de funcionamiento y organización no es obstáculo, al no ser algo imperativo sino facultativo, «podrá», sin perjuicio de que al otorgarse la escritura pública puedan los comuneros establecerlas.

El mayor escollo surge de que en la escritura de declaración de obra nueva de 12 de febrero de 1963 no se menciona la planta de la bajo-cubierta ni el semisótano, ni, por ende, su destino. Que no se mencionen no sería obstáculo, ya que precisamente el otorgamiento de la escritura de división en régimen de propiedad horizontal sería ocasión propicia a fin de adecuar la realidad registral a la real. Ahora bien, en cuanto al destino es cierto que la sentencia no puede ordenar que se otorgue la escritura pública respecto al desván y al semisótano en los términos interesados en el hecho cuarto de la demanda, por cuanto no consta que tenga soporte en la normativa administrativa, constituyendo, además, una temática a dilucidarse en otro proceso y por el orden jurisdiccional que corresponda (STS de 1 de febrero de 2007, Rc. 1694/2000).



Por tanto, determinado en la instancia que existe la planta bajo-cubierta y el semisótano, procede acordar que se subsane la omisión de la escritura de declaración de obra nueva, en atención al tenor imperativo del artículo 5 LPH . Tales elementos si no pudiesen individualizarse como anejos de las viviendas en calidad de trasteros, porque la normativa administrativa no lo permita, se describirán como elementos comunes sin el destino pretendido, pero ello no puede impedir la estimación de la demanda en lo sustancial, que es el cese de la comunidad ordinaria del bien y su constitución formal como división en régimen de propiedad horizontal.

Por tanto existen bases suficientes para la materialización de la división, ya que sería un contrasentido desestimar la división en la forma pretendida por obstáculos que no son insalvables, pudiendo integrarse el contenido que exige el artículo 5 LPH .

DÉCIMO.- *Motivo segundo. Enunciación y planteamiento.*

Se formula por la posible violación de los artículos 6.3 CC , 1116 CC y 1184 CC y 1274 CC por cuanto se condena como obligación de hacer al otorgamiento de una escritura de división en propiedad horizontal con un contenido imposible y a la posterior inscripción en el Registro, también imposible de cumplir por incumplir la normativa básica como son los artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y los puntos 4º y 5º del artículo 8 LPH y los artículos 208 LH y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008 del texto refundido de la Ley del Suelo, en la que se determina los requisitos precisos para llevar a efecto una modificación de los datos registrables por medio de escritura de obra nueva.

DÉCIMO PRIMERO.- *Decisión de la Sala.*

Se reitera lo ya alegado como reproche a la sentencia recurrida en el motivo anterior, por lo que la Sala se remite a las consideraciones expuestas al ofrecer respuesta al mismo. Insistimos que la estimación sustancial de la demanda respecto al modo de poner fin a la comunidad de propietarios no empece a que, con las bases que aquí constan, se pueda llevar a efecto la obligación impuesta pero, naturalmente, acomodándose a las exigencias legales (RDGRN 31 de marzo de 2005) registrales.

DÉCIMO SEGUNDO.- *Motivo Tercero. Enunciación y Planteamiento.*

Se formula por la posible violación del artículo 401 CC , en relación con la doctrina sostenida en las sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 1988 y de 1 de marzo de 2001 , por cuanto que la sentencia recurrida sostiene que no es posible llevar a cabo adjudicaciones en pro indiviso como la pretendida en la propuesta de partición en la que en el caso de las viviendas piso tercero izquierda y cuarto izquierda y el local comercial, bajo 3, se atribuía el usufructo a la madre y la nuda propiedad de la misma a los diferentes hijos.

En el desarrollo argumental del motivo hace descansar su pretensión en la situación económica que sufre doña Amparo .

DÉCIMO TERCERO. - *Decisión de la Sala.*

Si se esta a lo resuelto por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo en la sentencia de 19 de julio de 2011, recogida en el resumen de antecedentes, que entiende que, partida la herencia, lo que corresponde es la división de cada inmueble común, siendo doña Amparo comunera, no existiendo controversia sobre su participación a título dominical, la solución acordada es correcta. De ser ciertas sus necesidades alimenticias se debe acudir a otros recursos legales para solventarlas pero no a la fórmula híbrida pretendida en el marco de la «*actio commune dividundo*».

Por tanto el motivo de desestimarse.

DÉCIMO CUARTO.- *Motivo Cuarto. Enunciación y Planteamiento.*

Se formula por la posible violación del artículo 401 CC , en relación con el artículo 7.1 CC y del principio general del derecho venir contra propio *actum nom valet*, doctrina de los actos propios, consagrada jurisprudencialmente, entre otras, en las sentencias de 19 de noviembre de 2008 , 23 de enero de 2008 y 26 de enero de 2006 , al no reconocer que el bajo número 2, destinado a plaza de garaje ya había sido atribuido a doña Hortensia y debe ser incluido en su lote.

Añade la recurrente en el desarrollo del motivo cómo los diferentes propietarios venían utilizando, de forma exclusiva, diferentes predios de la comunidad hereditaria a pesar de haberse adjudicado entre todos el edificio en pro indiviso en el título del que parte la petición de división judicial.

DÉCIMO QUINTO.- *Decisión de las Sala.*

1.- Para la mejor inteligencia de la decisión de la Sala se ha de tener en cuenta dos hechos que se consideran relevantes: (i) existe consentimiento de los actores, y así lo proponen, para que se adjudique a cada copropietario la vivienda que vienen o han venido utilizando para satisfacer su necesidad de habitación; (ii)



doña Hortensia ha venido utilizando el bajo 2 como plaza de garaje, a la vista, ciencia y paciencia de todos los comuneros, e incluso invirtiendo en reformas del local para un mejor acomodo a su destino.

2.- Con tales antecedentes, interrelacionando la conducta de los comuneros y actos de los mismos, surge la interrogante de si existió una partición de facto que ahora se formaliza o se pretende formalizar, creando expectativas que se respetan para las viviendas y se abandonan, sin embargo, para el bajo 2.

La sentencia de la Sala de 15 de junio de 2012, citada por la parte recurrente, declara que «la doctrina de los actos propios ha sido reconocida por esta Sala, de forma reiterada, desde su jurisprudencia antigua. Modernamente, esta doctrina se encuadra dentro de los límites del ejercicio del derecho derivados del principio de buena fe, encontrando su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se ha depositado en el comportamiento ajeno y la regla o principio de buena fe, que impone el deber de coherencia o vinculación con el comportamiento realizado y limita, por tanto, el ejercicio de los derechos subjetivos en sentido opuesto a la confianza creada. (STC 21 de abril de 1988). Consecuentemente, para que se produzca dicha vinculación se requiere que los actos propios sean inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectando a su autor, como también que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de la buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente (SSTS 24 de abril de 2001, RJ 2001, 2397, 29 de noviembre de 2005, RJ 2006, 36 y 14 de julio de 2006, RJ 2006, 6380). Del mismo modo, y derivado de su propio fundamento y autonomía conceptual, también, conviene puntualizar que la doctrina de los actos propios para su aplicación no requiere de su previa implicación en un esquema negocial, esto es, como meros complementos de declaraciones de voluntad negocial ya expresas o tácitas realizadas, sino que le basta, como fuente de creación de expectativas, con el deber de responder de las consecuencias derivadas de la confianza suscitada.»

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado se debe convenir que el razonamiento del Tribunal de apelación no es lógico, por cuanto si para las viviendas se respeta y se adjudica a cada comunero la que venía ocupando con fin habitacional, no tiene sentido que el local que ocupa doña Hortensia como garaje, y sobre el que se le han creado expectativas de vocación de mantenimiento, permitiendo sin objeción que haga en él reformas para el fin a que se destinaba, se entienda que se trata de una posesión impuesta o meramente tolerada. Sobre todo si se tiene en cuenta, por su valoración, que adjudicárselo a ella no supone un grave trastorno en el equilibrio de los lotes.

DÉCIMO SEXTO.- En relación a lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes procede:

1.- Desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal, con imposición a la parte recurrente de las costas del mismo en aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- Estimar parcialmente el recurso de casación, que supone la estimación parcial de la demanda y del recurso de apelación, sin imponer las costas a la recurrente, y sin hacer expresa condena de las costas de las instancias, conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC .

3.- La estimación parcial lleva aparejada lo siguiente: (i) La obligación de otorgar la escritura pública a que condena la sentencia recurrida, si bien con las puntualizaciones que contiene esta resolución respecto a la descripción de la planta bajo-cubierta y semisótano del inmueble, así como sobre su destino, y respecto de las cuotas de participación de cada elemento privativo; (ii) La adjudicación del local bajo 2 a doña Hortensia, con la readaptación de los lotes respecto a los locales por tal circunstancia, siendo lo más operativo y fácil que el trueque tenga lugar entre don Ángel, en cuyo lote se encuentra el bajo NUM006, y doña Hortensia.

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

FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por doña Amparo y doña Hortensia, representadas por el procurador don Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo el 18 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación 384/2013, dimanante del juicio ordinario 427/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo.

2.º Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por doña Amparo y doña Hortensia, representadas por el procurador don Eduardo Codes Feijoo, contra la misma sentencia.

3.º A consecuencia de lo anterior acordar que el local bajo NUM006 se adjudique a doña Hortensia, equilibrándose los lotes.

4.º Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.



5.º No imponer a la recurrente las costas del recurso de casación, ni hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

6.º Devolver el depósito constituido para recurrir .

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller .- Eduardo Baena Ruiz.- Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ