

Roj: **STS 6944/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:6944**Id Cendoj: **28079110012010100786**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/12/2010**Nº de Recurso: **35/2007**Nº de Resolución: **805/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 1630/2006,**  
**STS 6944/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre 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 Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario 46/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de San Vicente del Raspeig, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Alicante por la representación procesal de D. Joaquín y Doña Benita, aquí representada por el Procurador Don Gustavo Gómez Molero. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la Procuradora Doña Blanca Barriatua Horta, en nombre y representación de "La Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000", no habiendo comparecido ante esta Sala D. Nicanor, Doña Nieves, Doña Felicidad y Doña Guillerma, en situación de rebeldía, no habiendo comparecido Holiday Lise S.L.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** El Procurador Don Juan Ivorra Martínez, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Holiday Lise S.L. Unipersonal, D. Joaquín y Doña Benita, D. Nicanor, Doña Nieves y Doña Felicidad y Doña Guillerma y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, con estimación de esta demanda declare:- La nulidad radical y absoluta de parte de la escritura de subsanación de la declaración de obra nueva y división horizontal, otorgada por la mercantil Holiday Lise, S.L., el día 24 de enero de 2002, número 119 de orden de protocolo, ante el Notario de San Juan, Don José Mantilla de los Ríos Abadie, en lo que afecta a la atribución al departamento número ocho, de la porción de suelo de la parcela situada en su ángulo noreste, con una superficie aproximada de ciento ochenta metros cuadrados, su uso privativo y exclusivo, en lo que difiere del proyecto básico y de ejecución redactado por el arquitecto Don Jose Pablo. La nulidad de la atribución a los componentes o departamentos siete y ocho, contenida en dicha escritura, de los sistemas de aireación en la fachada y las salidas de humos, en la parte en que discurran por el patio de uso privativo del departamento número trece.- La nulidad del último párrafo de la norma 38 del Régimen Administrativo, contenida en dicha escritura pública, por la que se reconoce el derecho del dueño o dueños de los locales sitios en planta baja del edificio a destinar las terrazas o espacios libres, cuyo uso exclusivo e ilimitado les es concedido, a cualquier destino, pudiendo construir e instalar en las mismas cuantos elementos y objetos precisen para la explotación del negocio instalado, sin intervención, ni autorización, de los demás propietarios. Que consecuentemente con lo anterior, la resolución que declare la nulidad en los términos interesados, deberá contener igualmente cuantos pronunciamientos sean inherentes para obtener la tutela judicial efectiva, declarando igualmente nulos cuantos actos o hechos jurídicos, inscritos en el Registro de la Propiedad, que se vean afectados por las precedentes declaraciones,



reportando la nulidad de las inscripciones registrales practicadas, en todo aquello que contradiga lo que resuelva la sentencia que se dicte en este procedimiento, que afecten tanto al edificio general como a los respectivos componentes. Ordenando la demolición de las obras realizadas y la restitución de la franja de terreno usurpada a sus verdaderos propietarios. Y la imposición de las costas que se devenguen en este procedimiento, solidariamente a los demandados.

**2.-** El Procurador Don Esteban López Minguela, en nombre y representación de Don Joaquín y Doña Benita, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando por completo la demanda se absuelva de la misma a mi representado con imposición al demandante de todas las costas causadas.

El Procurador Don Luis Miguel González Lucas, en nombre y representación de Holiday Lise S.L, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviendo de sus pretensiones a mi representada, con la expresa imposición de las costas a la parte actora.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de San Vicente de Raspeig, dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la excepción de falta de legitimación activa alegada en la presente demanda interpuesta a instancia de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 representada por el Procurador Sr. Ivora Martínez y asistido de la Letrada Sra. Padrós Mesón contra la mercantil Holiday Lise S.L. Unipersonal representada por el Procurador Sr. González Lucas y asistido del Letrado Sr. Sifrido Gomis Iborra Prado contra Don Joaquín y Doña Benita representados por el Procurador Sr. López Minguela y asistidos del Letrado Sr. Cazorla Marhuenda y contra D. Nicanor Doña Nieves, Doña Felicidad y Doña Guillerma, declarados en rebeldía, debo declarar y declaro no haber lugar a entrar a conocer del fondo del asunto, absolviendo en la instancia a los demandados y todo ello con expresa imposición de costas al demandante.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Comunidad de Propietarios DIRECCION000, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 29 de Marzo de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS RESJDENCIAL DIRECCION000 contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2005 en el procedimiento de juicio ordinario n.º 46/03 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar, estimando la demanda interpuesta por la referida Comunidad contra HOLIDAY USE, S.L.U., Joaquín y Benita y Nicanor, Nieves y Felicidad y Guillerma, debemos declarar y declaramos la nulidad absoluta de parte de la escritura de subsanación de obra nueva y división horizontal otorgada por la mercantil demandada el día 24 de enero de 2002, ante el Notario de San Juan D. José Mantilla, bajo el n.º 119 de orden de su protocolo, en lo que afecta a la atribución al departamento n.º 8 de la porción de suelo de la parcela situada en su ángulo noroeste, con una superficie aproximada de ciento ochenta metros cuadrados, de su uso privativo y exclusivo, en lo que difiere del proyecto básico y de ejecución redactado por el arquitecto D. Jose Pablo; así como a la atribución a los componentes o departamentos siete y ocho de los sistemas de aireación en la fachada y las salidas de humos, en la parte en que discurren por el patio de uso privativo del departamento n.º 13; y también la nulidad del último párrafo de la norma 2 del Régimen Administrativo por la que se reconoce el derecho del dueño o dueños de los locales sitos en planta baja del edificio a destinar las terrazas o espacios libres, cuyo uso exclusivo e ilimitado les es concedido, a cualquier destino, pudiendo construir e instalar en las mismas cuantos elementos y objetos precisen para la explotación del negocio instalado sin intervención ni autorización de los demás propietarios, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y sus consecuencias inherentes, tanto materiales como registrales, de manera que la zona de terreno controvertida sea restituida a la Comunidad, condenándolos asimismo al pago de las costas procesales de primera instancia, sin haber expresa imposición de las causadas en esta alzada.*

**TERCERO** .- **1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de Casación la representación procesal de Don Joaquín y Doña Benita con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** : **PRIMERO**.- Infracción de los artículos 609, 1095 y 1462 del Código Civil y la doctrina que rige nuestro derecho civil del título y del modo como sistema de transmisión de derechos. **SEGUNDO**.- Infracción de los artículos 5 4º y 16.1º de la Ley de Propiedad Horizontal y la Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación deben ser otorgados por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos en que los compradores no han adquirido el derecho de propiedad. **TERCERO**.- Infracción del artículo 13.2. de la Ley de Propiedad Horizontal y artículo 6.3. del Código Civil, y la consiguiente doctrina de la Sala Primera sobre nulidad de los actos contrarios a la Ley.



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 3 de marzo de 2009 se acordó:

1) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín y Doña Benita contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante Sección Quinta, en el rollo de apelación 581-A2005 dimanante de los autos 46/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Vicente del Raspeig *en cuanto a la infracción denunciada en el motivo tercero de escrito de interposición*.

2) Admitir el indicado recurso en cuenta a las infracciones denunciadas en los motivos primero y segundo del escrito de interposición.

Dese traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña Blanca Berritua Horta, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de Noviembre del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El problema que plantea el recurso por "interés casacional" es si una vez que la promotora de un edificio ha vendido parte de los pisos mediante documento privado, puede modificar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, en la que se hacen ciertas atribuciones a los copropietarios demandados que no constaban en la misma. La demanda se dirige por la Comunidad de Propietarios frente a la promotora y frente a seis copropietarios, reclamando la nulidad de parte de la escritura de subsanación de obra nueva y división horizontal otorgada por la mercantil demandada el día 24 de enero de 2002.

La Sentencia de primera instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa (el Presidente que comparece en representación de la Comunidad de Propietarios actora no tiene la condición de propietario).

La Sentencia de segunda instancia revoca y estima la demanda. Entiende que la promotora se ha extralimitado en sus facultades al otorgar la escritura de subsanación realizando un verdadero acto de disposición que no tenía atribuido por cuanto se verificó después de la venta de algunos inmuebles en contrato privado.

Recurren la sentencia Don Joaquín y Doña Benita .

**SEGUNDO.-** El recurso se articula en dos motivos. Los dos van a ser analizados conjuntamente. En el primero plantea que en el momento del otorgamiento de la escritura de subsanación de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal ninguno de los copropietarios había adquirido aún la propiedad, aunque se hubieran celebrado los contratos privados, por lo que si hubo -como dice la Audiencia- una extralimitación de la promotora debían haber acudido a una acción de incumplimiento contractual pero no es procedente la declaración de nulidad de la escritura de subsanación porque sólo la promotora era en ese momento propietaria. El segundo refiere lo siguiente: el título constitutivo de la propiedad horizontal y la escritura de subsanación sólo pueden ser otorgadas por la Promotora pese a haberse vendido con anterioridad los pisos en contratos privados.

Las cuestiones, por tanto, sobre las que se plantea "interés casacional" por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, son las siguientes: 1º.- Con el contrato privado celebrado entre la promotora y los copropietarios no se produjo la efectiva adquisición de la propiedad por éstos ( SSTS 10-07-2002 ; 13-03-2002 ), y 2º.- El título constitutivo de la propiedad horizontal y su modificación deben ser otorgados por el promotor aunque se hayan vendido con anterioridad los pisos en contratos privados ( SSTS 30-03-1999 ; 22-09-2005 ).

El recurso se estima.

La doctrina de esta Sala se expresa en la Sentencia de 11 de diciembre 2009 . Dice lo siguiente:

*"El Tribunal Supremo en sentencias de 25 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2004 , recoge la sentencia de 21 de junio de que: Ésta (se está refiriendo a la propiedad horizontal) se constituye como tal, o por el único propietario del edificio, o por los copropietarios, en negocio jurídico plurilateral, calificado como acto conjunto por la doctrina alemana (Gesamtakte), que, por ello, precisa el consentimiento de todos los copropietarios, en régimen de propiedad horizontal y en orden a la fijación de las cuotas de participación correspondientes a cada propietario, y lo mismo, en caso de modificación del título.*



*Todo ello viene establecido por el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal cuyo párrafo 2º dispone claramente dos supuestos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral; además del laudo o resolución judicial, dice la sentencia de 30 de marzo de 1999 que: tan sólo el propietario único o los propietarios (artículo 5 segundo y último párrafos, Ley de Propiedad Horizontal) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica).*

*Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia: la sentencia de 3 de febrero de 1975 dijo: De existir alguna persona con esa titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta (...), exige, por tanto, la adquisición del dominio, que no se ha producido en el presente caso; en el mismo sentido la sentencia de 27 de febrero de 1987, en que se celebraron compraventas en documento privado, pero la sentencia parte de la adquisición del derecho de propiedad por los compradores y dice: La escritura pública de obra nueva y la de constitución (o modificación) de la propiedad horizontal, deben ser otorgadas por aquéllos en el momento de realizarse esas operaciones sean titulares de dominio (...), titularidad que no tenía el actor en el presente caso cuando se otorgó la escritura de modificación.*

*La de 17 de julio de 1987 insiste en la idea: (...) sin que conste en los hechos probados en la sentencia recurrida haber tomado posesión de aquélla antes de otorgarse la escritura pública de venta; y ello es así porque la propiedad plena no se adquiere, en caso de transmisión mediante documento privado, hasta que no tiene lugar la tradición o entrega (...), que precisamente es el caso presente; lo que reitera la de 11 de junio de 1994: que mantiene que no es nulo el título otorgado por el promotor al no existir al momento del otorgamiento otros copropietarios, pues se habían vendido en documento privado determinados pisos, pero no se había producido tradición de los mismos.*

*Por ello resulta. incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (artículos 609 y 1095, inciso segundo, del Código Civil, SS., entre otras, de 22 diciembre 2000, 14 febrero y 13 marzo 2002), y la jurisprudencia tiene reiterado (SS., entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002) que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida y al ser el promotor el único propietario goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del Título Constitutivo de la división horizontal. Y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias de 16 de junio de 1998, a contrario sensu, y 30 de marzo de 1999, declarándose en esta última que: El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del Título Constitutivo de la propiedad horizontal".*

En el caso que se enjuicia, son hechos probados de la sentencia los siguientes:

- 1.ª) La escritura de declaración de obra nueva y división horizontal se otorgó inicialmente por la promotora con fecha 13 de junio de 2000, habiéndose firmado con anterioridad (en los meses de febrero a junio) contratos privados de compraventa respecto de distintos inmuebles que componían la total edificación; también se firmaron contratos de la misma clase posteriormente a la suscripción de la escritura (de junio a septiembre);
- 2.ª) En dicha escritura se hacía constar, entre otros extremos, la existencia de una zona de terreno de 180 metros cuadrados, aproximadamente, destinados inicialmente a esparcimiento y recreo del conjunto por tratarse de una zona común, situación que constaba así en el proyecto de la urbanización;
- 3.ª) Con fecha 24 de enero de 2002 se otorgó otra escritura pública denominada de subsanación de la anterior ya mencionada, por medio de la cual, además de otros extremos que no hacen ahora al caso, se otorgó al propietario del local núm. 8 el uso privativo y exclusivo del terreno de 180 metros cuadrados a que antes se ha hecho referencia, y a los componentes o departamentos números 7 y 8 de los sistemas de aireación en fachada y las salidas de humos en la parte en que discurren por el patio de uso privativo del departamento núm. 13, reconociendo el derecho de los locales de la planta baja a destinar las terrazas o espacios libres, cuyo uso ilimitado y exclusivo les es concedido, a cualquier destino, pudiendo construir e instalar en ellas cuantos elementos y objetos precisen para la explotación del negocio instalado, sin intervención ni autorización de los demás propietarios; y
- 4.ª) En los contratos privados de compraventa la promotora transmitió los componentes de la urbanización en base a un proyecto arquitectónico, conteniéndose en ellos autorización para redactar o modificar la declaración de obra nueva.





Los anteriores hechos ponen en evidencia que la venta de los inmuebles se realizó en documento privado. Este contrato constituye el título de quienes compraron para la adquisición de la propiedad, físicamente inexistentes en el momento del otorgamiento del contrato. Sin embargo, no puede deducirse de estos hechos que se hubiera producido una entrega traslativa de dominio y que, en consecuencia, hubiesen adquirido la propiedad, careciendo de modo, al no haberse efectuado la tradición, que no se concreta mediante la afirmación hecha en los contratos de que la promotora "vende y transmite" y que los compradores "compran y adquieren", puesto que lo único que pone en evidencia es la existencia de una finalidad traslativa que no se ha concretado mediante la tradición o entrega de la cosa, como exige el art. 609 CC para la adquisición de la propiedad, es decir, la causa de la transmisión, el título y la entrega, razón por la que el art. 1095 CC dirá que el acreedor "no adquirirá derecho real" sobre la cosa "hasta que le haya sido entregada". Y si bien es cierto que algunas veces el traspaso posesorio por sí solo no tiene el efecto de transmitir la propiedad, sin traspaso posesorio no existe transmisión, aunque haya título, de modo que lo que debe cumplirse es la exigencia del art. 1462 CC de que la cosa "se ponga en poder y posesión del comprador", lo que resulta más evidente cuando, como en este caso, los documentos privados confieren amplias facultades al promotor para redactar o modificar la declaración de obra nueva, lo que, en definitiva, hizo en el tiempo en que podía hacerlo.

De ahí que, procediendo estimar ambos motivos del recurso, dada la infracción de los preceptos y la doctrina de esta Sala invocados en los mismos, y siendo consecuencia necesaria declarar la validez de la escritura de subsanación de obra nueva y división horizontal otorgada por quien se aquietó con la sentencia de la Audiencia Provincial, debe rechazarse el argumento de falta de legitimación activa de los recurrentes, y por extensión de los demás demandados, para promover este recurso desde la idea de que fueron demandados y son parte en el proceso, como adquirentes de unos departamentos sujetos al régimen de propiedad impuesto en la escritura y titulares del un perjuicio o gravamen que no les sitúa al margen de la nulidad de la escritura pública de subsanación y de sus efectos, ya que adquieren en función de la misma de tal forma que la relación material sobre la que recae el pronunciamiento no impugnado por la promotora les afecta directamente por cuanto se les priva de determinados elementos de los inmuebles que fueron objeto de la transmisión hecha a su favor.

**TERCERO.**- La estimación del recurso conlleva asumir la instancia, con los efectos siguientes:

1º) La casación de la Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante el día 29 de marzo de 2006 y la revocación de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de San Vicente del Raspeig el día 30 de marzo de 2005.

2º) La desestimación de la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000 y la consiguiente absolución de los demandados.

3º) Imponer las costas de la 1ª instancia a la actora y no hacer especial declaración de las demás causadas en apelación y en este recurso de casación.

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

## FALLAMOS

Declarar haber lugar al recurso formulado por la representación procesal de Don Joaquín y Doña Benita contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante el día 29 de marzo de 2006, y acordamos lo siguiente:

**Primero.**- Casar dicha Sentencia, y revocar la dictada en primera instancia por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de San Vicente del Raspeig el día 30 de marzo de 2005.

**Segundo.**- Desestimar la demanda formulada por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000, dirigida frente a Holiday Lise S.L.U, Don Joaquín, y Doña Benita, Don Nicanor, Doña Nieves y Doña Guillerma, absolviendo de la misma a los demandados.

**Tercero.**- Imponer a la parte actora las costas de la 1ª instancia y no hacer especial declaración de las demás causadas en apelación y en este recurso de casación.

Remítase testimonio de esta resolución a la citada Audiencia, con devolución de autos y rollo a su origen, interesando acuse de recibo.

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. Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ