



Roj: **STS 5036/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:5036**

Id Cendoj: **28079110012007100846**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2007**

Nº de Recurso: **3770/2000**

Nº de Resolución: **897/2007**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima, con sede en Melilla, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Melilla, sobre división de cosa común, y reconvención, cuyo recurso fue interpuesto por Don Juan Pablo , representado por el Procurador de los Tribunales Don Jorge Luis Miguel López, habiendo comparecido como parte recurrida en el presente rollo de casación Don Clemente y Don Miguel Ángel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Melilla fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía nº 307/1991, promovidos a instancia de Don Juan Pablo , contra Don Clemente y Don Miguel Ángel , sobre división de cosa común.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia "dando lugar a la acción de división ejercitada y conteniendo alguno de los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar la divisibilidad real y jurídica procediéndose respecto al edificio en la Calle Fortuny a:

a).- Constituir el régimen de propiedad horizontal adjudicándose un piso por planta con los anejos correspondientes a cada uno de los comuneros.

b).- Atribuir a cada piso una cuota de participación en relación al total del valor del inmueble de 33,33 centésimas y proceder a la fijación de los elementos comunes.

c).- Otorgar título constitutivo del régimen de propiedad horizontal y los correspondientes estatutos en documento público, inscribiéndose los mismos en el Registro de la Propiedad siguiendo la regla 5ª del art. 8 de la Ley Hipotecaria.

Respecto a las naves, dividir las en tres partes iguales, adjudicándose a cada comunero una nave nueva de las tres resultantes de la división, nombrándose los peritos o contadores que practiquen las operaciones divisorias de avalúo, liquidación y adjudicación.

2º.- Alternativamente, y para el caso de que no se accediera a lo primeramente solicitado, formar tres lotes iguales con los bienes que componen la comunidad y adjudicándose a cada uno de los comuneros.

3º.- Para una u otra decisión judicial alternativa, condenar a los demandados a estar y pasar por la división, otorgando las oportunas escrituras públicas que al efecto se precisen, y determinando que los gastos de división sean satisfechos a partes iguales por cada uno de los comuneros.



Todo ello con expresa condena en costas para el caso de que hubiese temeraria oposición de los demandados".

Admitida a trámite la demanda, Don Clemente y Don Miguel Ángel contestaron la misma, y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraron oportunos, y oponiendo las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**, terminaron suplicando la estimación de tales excepciones o, en su caso, desestimando las pretensiones del actor, absolviendo a los demandados de las mismas con imposición de las costas al promovente.

Asimismo, Don Clemente y Don Miguel Ángel formularon demanda reconvenicional, en la que interesaron se dictara sentencia conteniendo una serie de pronunciamientos relativos a la vigencia y eficacia de la Comunidad de Bienes constituida el 15 de diciembre de 1968, bienes que la integran, adeudos, y otros extremos.

Don Juan Pablo contestó la reconvenición, oponiendo las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de jurisdicción, o en su defecto sentencia desestimatoria de todas las pretensiones formuladas en la demanda reconvenicional, con imposición de las costas a la parte demandante reconviniente.

SEGUNDO.- Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 28 de octubre de 1999, en la que, apreciando la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje** opuesta por los demandados principales, y la de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por el actor reconvenido, se falló lo siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Suárez Morán, en nombre y representación de D. Juan Pablo , contra D. Miguel Ángel y D. Clemente , debo absolver y absuelvo en la instancia a los demandados de la petición deducida en la demanda interpuesta; y desestimando la reconvenición formulada por D. Miguel Ángel y D. Clemente , contra D. Juan Pablo , debo absolver y absuelvo al actor reconvenido de la pretensión deducida en la demanda reconvenicional, sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en el presente procedimiento".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes, y, sustanciada la alzada, al nº de rollo 139/1999, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima, con sede en Melilla, dictó Sentencia con fecha 8 de mayo de 2000, cuyo fallo es como sigue: "Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Sra. Suárez Morán en nombre y representación de D. Juan Pablo , y por el procurador Sr. Cabo Tuero en nombre y representación de D. Miguel Ángel y D. Clemente , contra la sentencia dictada en los autos de menor cuantía nº 307/91, por el Juzgado de Primera Instancia nº uno de esta Ciudad, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Asimismo, debemos apreciar y apreciamos respecto de la demanda reconvenicional la excepción de litisconsorcio pasivo necesario de la mercantil "Hijos de Wenceslao García, S.A.", Junta de Obras del Puerto de Melilla, y arrendador del local sito en la calle Pedro Navarro de Melilla, todo ello sin expresa imposición de costas en ambas instancias".

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Don Jorge Luis Miguel López, en nombre y representación de Don Juan Pablo , formalizó recurso de casación, que funda en los siguientes motivos:

Primero: Se funda el primer motivo de casación en el ordinal nº 1 del art. 1692 de la L.E.Ci: "Por defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas citamos el art. 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje** ..."

Segundo. Al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

QUINTO.- El recurso ha sido admitido, y dado traslado a la parte recurrida, comparecida en el presente rollo de casación, para impugnación del recurso de casación interpuesto, se opuso al mismo, solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de casación se ampara en el ordinal nº 1 del art. 1692 de la L.E.C, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, citando como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida el art. 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**.

Entiende la parte recurrente que al haberse apreciado en ambas instancias, respecto de la demanda principal, la excepción de sumisión a **arbitraje**, se ha interpretado erróneamente el citado precepto, puesto que la parte



recurrida no se limitó a oponer la excepción sino que también contestó la demanda, y, a mayor abundamiento, formuló reconvencción.

En la Sentencia, de esta Sala de 5 de diciembre de 2005 y 6 de marzo de 2007, se considera, en cuanto a la posibilidad de oponer la excepción de sumisión a **arbitraje** en los juicios de menor cuantía y contestar la demanda en cuanto al fondo, que tal interpretación "es conforme con la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha dado respuesta negativa a la cuestión referida a si implica renuncia presunta a la excepción a **arbitraje** el hecho de contestar a la demanda en cuanto al fondo; según criterio consolidado por sentencias de 18 de abril de 1998, 1 de julio de 1999, 11 de diciembre de 1999, 14 de junio de 2001. Esta última lo resume en estos términos: "Después de una fluctuante trayectoria jurisprudencial, es pacífica la que establece que: El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1, fue modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**, añadió el número 8: la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda, y tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria". Tal línea jurisprudencial, ya consolidada, ha atendido a la posibilidad de que, en la contestación a la demanda pudiera oponerse la excepción y contestar en cuanto al fondo, con el fin de no perder oportunidades procesales, conforme a la dicción del art. 687 de la LEC de 1881, integrando y conciliando con las normas del juicio de menor cuantía, lo establecido en el art. 11.2 de la Ley 36/1988.

En consecuencia, fue correcto el criterio seguido por la Audiencia al considerar que no implicó sumisión tácita la contestación de la demanda "ad cautelam" (como se hizo consignar explícitamente en el escrito correspondiente), por si no era acogida la excepción de **arbitraje**.

Por lo que atañe al último argumento contenido en el motivo de casación, a mayor abundamiento, relativo a que también se dedujo reconvencción, nos hallamos ante una cuestión no suscitada en apelación, al contraerse aquel recurso a la existencia de sumisión tácita por la sola circunstancia de haberse contestado la demanda, y en atención a tal planteamiento del debate en la segunda instancia se resolvió el recurso por la Audiencia, lo que determina que deba reputarse como alegación nueva en casación la relativa a la formulación de la reconvencción. En todo caso la demanda reconvenccional, planteada después de contestar "ad cautelam" la parte demandada (para el caso de no acogerse sus excepciones previas), fue desestimada, al apreciarse en relación con ella la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin que tal pronunciamiento se haya impugnado; a lo que cabe añadir que las sentencias de esta Sala de 26 de julio de 2003 y 7 de junio de 2004, no han considerado que se produzca renuncia al **arbitraje** por la formulación de reconvencción, en el ámbito del juicio de menor cuantía, destacando al conexión de aquella con la demanda principal iniciadora del proceso.

Consecuentemente, el motivo ha de ser rechazado.

SEGUNDO.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del nº 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentando que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia contenida en las sentencias que cita (22-12-98, 27-10-98 y 29-9-1997), en las que se mantenía que la contestación a la demanda en cuanto al fondo suponía la renuncia al **arbitraje**, insistiendo en lo alegado respecto a la reconvencción, cuestiones todas ellas sobre las que se ha razonado en el motivo anterior, en el que se ha expuesto la doctrina jurisprudencial más reciente sobre lo planteado, que ha de aplicarse al presente motivo, que igualmente ha de sucumbir.

TERCERO.- La desestimación de los anteriores motivos origina la declaración de no haber lugar al recurso con imposición de las costas causadas (artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debiendo restituirse el depósito constituido al no ser las sentencias dictadas en las instancias totalmente conformes.

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 Don Juan Pablo , contra la Sentencia de fecha 8 de mayo de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, con sede en Melilla, en autos, juicio de menor cuantía 307/1991, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Melilla, rollo de apelación 139/1999, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso, y con devolución del depósito constituido; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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