

Roj: **STS 4178/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4178**Id Cendoj: **28079110012012100361**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/06/2012**Nº de Recurso: **2070/2009**Nº de Resolución: **399/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 3358/2009,**  
**STS 4178/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 93/2009 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio Ordinario núm 1292/06, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Málaga, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Carlos González Olmedo en nombre y representación de don Felicísimo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio Ortega Fuentes en calidad de recurrente y el procurador don Javier Domínguez López en nombre y representación de doña Otilia y don Juan en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** El procurador don Francisco Rosa Cañadas, en nombre y representación de doña Otilia y don Juan, interpuso demanda de juicio Ordinario, contra Felicísimo, doña María Virtudes, don Romualdo y doña Coral, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... A) *Que previo a la extinción del condominio existente, se declare la obra nueva y división horizontal de los inmuebles descritos en el hecho primero de esta demanda.*

*B) Se declare el derecho de los actores a poner fin al proindiviso que existe entre ellos y los codemandados sobre los inmuebles descritos en el hecho primero de esta demanda, debiendo condenarse a dichos codemandados a estar y pasar por dicha declaración y a pagar, por los adjudicatarios de cada vivienda, cuantos gastos origine la División Horizontal, Obra Nueva, Extinción de Condominio e inscripción en el Registro de la Propiedad la **tercera parte de dichos gastos**, ya que la otra tercera parte corresponde a mis representados como es lógico.*

*C) Que la sentencia que se dicte deberá condenar a los codemandados al pago de las costas del presente procedimiento".*

**2.-** El Procurador don Carlos González Olmedo, en nombre y representación de don Felicísimo, contestó la demanda oponiéndose y exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y formulando reconvenición, terminó suplicando al Juzgado se dictase en su día sentencia por la que: "...A) *Se condene a los copropietarios a ejecutar los elementos de separación entre las viviendas y garajes de conformidad con el informe emitido por doña Laura y don Juan Antonio, quedando todos ellos obligados a su pago por terceras partes iguales, quedando cualquiera de ellos facultado para ejecutarlo y poder repercutir el coste proporcionalmente al resto de copropietarios.*



B) Se declare la obra nueva, división y constitución en régimen de propiedad horizontal, adjudicación de viviendas y anejos, y extinción de conformidad a la propuesta formulada por esta parte en el hecho segundo de la presente demanda reconvenicional, condenándose a los codemandados a estar y pasar por tal declaración, librándose mandamiento al Registro de la Propiedad nº 2 de Málaga a fin de que proceda a la inscripción de dicha obra nueva, división y constitución en régimen de propiedad horizontal, adjudicación de viviendas y anejos, y extinción de condominio, y además se les condene al pago de cuantos gastos se deriven de lo anterior por partes proporcionales, asumiendo desde este momento nuestro representado la parte que le corresponda.

C) Se condene a los codemandados, don Romualdo y su esposa doña Coral , al abono al resto de adjudicatarios de las compensaciones económicas en la forma y cuantías que se indican en el hecho tercero de la presente demanda reconvenicional..

D) Se condene al abono de las costas causadas en el presente procedimiento a doña Otilia y don Juan , así como al resto de codemandados que se opongan a la presente demanda reconvenicional".

El Procurador don Francisco de Paula Gutiérrez Marques, en nombre y representación de doña Coral , contestó a la demanda y exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, allanándose parcialmente a la demanda y formulando reconvenición, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: " ... 1º) Como consecuencia del allanamiento parcial, se declare la pertinencia y procedencia de la extinción del condominio sobre la parcela mediante la adjudicación de las viviendas y se proceda a la declaración de obra nueva levantada sobre dicho solar, con las particularidades detalladas en la pretensión reconvenicional; 2º) Se desestime la demanda, absolviendo a mi representada, del pedimento relativo a la inclusión de las viviendas en régimen de propiedad horizontal; 3º) Estimando la reconvenición formulada por mi parte, se declare la procedencia del cerramiento mediante la construcción del correspondiente muro en el lindero norte de la parcela, contiguo a la parcela cuatrocientos cincuenta y nueve, así como la construcción de un acceso directo a la vivienda de mi representado desde la calle Islas Canarias, hasta la puerta de entrada a dicha vivienda, comprendiendo la construcción de una puerta de acceso en dicha calle y la correspondiente escalera en la parte de terreno no edificado hasta ahora, con calidades y forma similar a los accesos de las otras dos viviendas, declarando al propio tiempo que las superficies cubiertas resultantes en los bajos o subsuelo de cada una de las tres viviendas no tienen carácter de elemento común, sino que son elementos privativos y propios de las respectivas viviendas; y consecuentemente se condene al resto de copropietarios a estar y pasar por tales declaraciones, a consignar tales obras, modificaciones y elementos privativos en la escritura de declaración de obra nueva que se otorgue y a contribuir al coste que suponga entre todos los condueños en proporción a sus cuotas de propiedad. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte que se opusiere a tan legítimas pretensiones" .

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Málaga, dictó sentencia núm. 236/08 con fecha 11 de septiembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO: Que estimando la demanda formulada por el Procurador Don Rafael Francisco Rosa Cañadas, en nombre y representación de Doña Otilia y Don Juan contra Don Romualdo , Doña Coral , Doña María Virtudes y Don Felicísimo , desestimando la demanda reconvenicional formulada por la representación procesal de Doña Coral y desestimando parcialmente la demanda reconvenicional formulada por la representación procesal de Don Felicísimo , ACUERDO: La extinción del condominio sobre la finca registral NUM000 Inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Málaga, al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , acordándose la división del edificio en tres viviendas independientes cada una con su garaje y los elementos comunes anejos, en régimen de Propiedad Horizontal. Adjudicándose:

Vivienda número uno y garaje uno en proporción de una mitad indivisa por razón de su separación conyugal a los esposos Doña María Virtudes y Don Felicísimo .

Vivienda número dos y garaje tres con carácter ganancial a favor de los esposos actores doña Otilia y Don Juan , y

Vivienda número tres y garaje número dos en la proporción de una mitad indivisa por razón de su separación conyugal a favor de los esposos también demandados, Don Romualdo y Doña Coral .

Declarando los demás elementos anejos, como elementos comunes, en régimen de propiedad horizontal.

Condenando a los copropietarios a ejecutar los elementos de separación entre las viviendas uno y dos y los garajes, conforme a lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho y los planos aportados por la actora con el escrito de demanda, repercutiéndose los gastos por terceras partes iguales, obligación que se regirá por la ejecución de las obligaciones de hacer no personalísimas establecidas en la LEC.



Se declara la obra nueva y división horizontal en régimen de propiedad horizontal conforme a lo expuesto en el cuerpo de la presente resolución, debiendo las partes estar y pasar por dicha declaración y su inscripción en el Registro de la Propiedad, abonando por terceras partes iguales, los copropietarios de cada vivienda, los gastos que se ocasionen al efecto .

Sin hacer especial pronunciamiento en costas".

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Felicísimo , la Sección de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 5ª, dictó sentencia núm. 502 con fecha 10 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS:... Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador don Rafael Francisco Rosa Cañadas, en nombre y representación de Doña Otilia y don Juan , y se desestima íntegramente el recurso de apelación formulado por el Procurador don Carlos González Olmedo, en la representación que ostenta de don Felicísimo , contra la sentencia dictada en fecha 11 de septiembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de Málaga , en los Autos Civiles de Juicio Ordinario nº 1292/06, y en su consecuencia se revoca la sentencia en el sentido siguiente:

1º.- Se condena a don Felicísimo , doña María Virtudes y doña Coral al abono por terceras partes de las costas causadas en primera instancia a los actores por la interposición de la demanda principal.

2º.- Se condena a doña Coral al abono de las costas causadas en aquella instancia con motivo de la interposición de su demanda reconventional.

3º.- Permanecen invariables los demás pronunciamientos de la misma.

4º.- En cuanto a las costas causadas en esta alzada, no se hará expresa imposición de las originadas por el recurso de apelación formulado por doña Otilia y don Juan ; y se imponen expresamente a don Felicísimo las costas procesales originadas con motivo de la interposición de su recurso de apelación".

**TERCERO** .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de Casación la representación procesal de don Felicísimo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero .- Infracción de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria , 51.4 del Reglamento Hipotecario y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal .

Segundo.- Infracción de los artículos 70 del Reglamento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal .

Tercero.- Infracción del artículo 402 del Código Civil .

Cuarto.- Infracción también del artículo 402 del Código Civil .

Quinto.- Infracción de los artículos 400 y 401 del Código Civil .

**CUARTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de julio de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Javier Domínguez López, en nombre y representación de doña Otilia y don Juan presentó escrito de impugnación al mismo.

**QUINTO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de junio del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sentencia de Apelación, en lo esencial, coincide tanto con la apreciación de la prueba practicada como con la fundamentación y el pertinente fallo resuelto por la Sentencia de Primera Instancia. En síntesis esta concordancia puede describirse de la siguiente forma:

A) Se tiene acreditado que los interesados en la división adquirieron por escritura pública de compraventa, con fecha 30 de enero de 1989, un solar proindiviso con un porcentaje de participación igual para las tres partes cifrado en el 33,330%.

B) Que sobre dicho solar en proindiviso se construyó tres viviendas bajo la dirección del arquitecto don Jeronimo , cuyo certificado de terminación de obra es de fecha 23 de octubre de 1992.



C) Que los intervinientes, de común acuerdo y plena conformidad, se adjudicaron el uso y disfrute de dichas viviendas mediante una partición de facto sufragando, con atención a los porcentajes establecidos, los gastos comunes.

D) Que doña Otilia y don Juan , debidamente representados y defendidos, presentaron escrito de demanda de juicio ordinario contra los restantes condóminos solicitando el derecho de los actores a poner fin al proindiviso y a condenar a los demandados a pasar por dicha declaración y abonar la parte correspondiente de los gastos que origine la división horizontal, obra nueva y extinción del condómino.

Que frente a ello, don Felicísimo , presentó escrito por el que se personaba en autos y contestaba a la demanda formulando como cuestión procesal previa defecto legal en el modo de proponer la demanda y entrando en el fondo se oponía a la misma y formulaba demanda reconvenicional a fin de que:

- Se condene a los copropietarios a ejecutar los elementos de separación entre las viviendas y garajes de conformidad con el informe emitido por doña Laura y don Juan Antonio quedando todos ellos obligados a su pago por terceras partes iguales, quedando cualquiera de ellos facultado para ejecutarlos y poder repercutir el coste proporcionalmente al resto e copropietarios.

- Se declare la obra nueva, división y constitución en régimen de propiedad horizontal adjudicación de viviendas y anejos y extinción de condómino de conformidad con la propuesta formulada por esta parte en el hecho segundo de la presente demanda reconvenicional condenándose a los codemandados a estar y pasar por tal declaración librándose mandamiento al Registro de la Propiedad número 2 de Málaga a fin de que proceda a la inscripción de dicha obra nueva, división y constitución en régimen de propiedad horizontal, adjudicación de viviendas y anejos y extinción del condómino y además se les condene al pago de los gastos que se deriven proporcionalmente.

- Se condene a don Romualdo y a su esposa doña Coral al pago al resto de los adjudicatarios de las compensaciones económicas en la forma y cuantías que se indican en el hecho tercero de la presente demanda reconvenicional, es decir: A los adjudicatarios de la vivienda número 1, la cantidad de 103.756,33 euros. Y a los adjudicatarios de la vivienda número dos en la cantidad de 13.726,33 euros.

Admitidas las demandas reconvenionales, se dio traslado de contrario y por los actores a codemandados se evacuó dicho trámite oponiéndose a las mismas.

No personándose en autos la codemandada doña María Virtudes , que se declaró en rebeldía.

E) Que no apreciándose como cuestión previa el defecto legal alegado, tanto la Sentencia e Primera Instancia como la de Apelación, y dentro del conjunto de la prueba practicada que incluyó la diligencia de reconocimiento judicial, confirmaron la divisibilidad de la cosa común y la legitimidad de la actora para su ejercicio. Del mismo modo, confirmaron la procedencia de la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal a cargo de los copropietarios de las tres viviendas por partes iguales, en orden a lo ya actuado en la partición de facto llevada a cabo por los propios interesados. Respecto de la concreción o forma de hacer la división y, con la prueba practicada, valoraron preferentemente la propuesta de división presentada por la actora, ya que aparte de ajustarse a los planos originales se presenta como la forma más lógica en orden a la división de la cosa común; desestimando, íntegramente, la demanda reconvenicional interpuesta.

**SEGUNDO** .- La actio comuni dividendo: naturaleza y principios rectores. Presupuestos para la división en régimen de propiedad horizontal: idoneidad y aplicación del principio de igualdad cualitativa de las cuotas.

1. El escrito de interposición del recurso de casación se articula en cinco motivos. En el primero de ellos, la parte recurrente denuncia infracción de los artículos 9 de la ley hipotecaria , 51.4 de su reglamento y 5 de la ley de propiedad horizontal. En el segundo de ellos, se denuncia infracción de los artículos 70 del reglamento sobre impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y 3 de la Ley de propiedad horizontal.

En síntesis, la recurrente viene a cuestionar la validez y corrección de la división judicial efectuada con el propósito, a tenor de su demanda reconvenicional y de los posteriores motivos que alega, de sustituirla por la que ella propone, con las correspondientes compensaciones que solicita. De forma que procede su examen conjunto en concordancia con lo que se expondrá mas adelante.

En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.

2. El artículo 400 del Código Civil 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, mas allá del posible disfavor con el que nuestro Código acoge la regulación de las situaciones de comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios





rectores que informan a 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 Código Civil ), calificada, además, como irrenunciable.

Esta relevancia tiene su antecedente inmediato en el abolengo jurídico de la *actio familiae erciscundae* (acción de partición de herencia), de la que trae su caracterización básica, aunque presenta algunas notas diferenciales en su ejercicio (por todas, STS de 25 de junio de 2008 , RJ 2008, 4270).

En todo caso, ambos supuestos de comunidad destacan el principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes ( artículo 393 del Código Civil ), así como el principio de igualdad que, con relación al principio de proporcionalidad, debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión ( artículo 393, párrafo segundo , 1061 y 406 del Código Civil ).

3. En el presente caso no puede admitirse que los anteriores principios rectores de la comunidad de bienes, junto con el principio de autonomía privada que cierra dicho marco ( artículo 392, párrafo segundo del Código Civil ) se hayan vulnerado o resulten infringidos. Por lo que las alegaciones vertidas por la parte recurrente en la formulación de los citados motivos de casación, en línea de los manifestados con la presentación del recurso, resultan claramente desacreditadas ante la valoración de los hechos realmente constatados por la instancia. De forma que la recurrente incurre en el vicio procesal conocido como "hacer supuesto de la cuestión", esto es, partir de datos fácticos distintos de los declarados, sin combatir adecuadamente el resultado de hechos probados (entre otras, SSTS 22 de febrero de 2000 , RJ 2000, 1297, 22 de mayo de 2002, RJ 2002, 5252 y 4 de septiembre de 2007 , RJ 2007, 5152).

En este sentido, resulta plenamente reveladora la propia manifestación de la recurrente que en relación a los posibles errores de descripción de los inmuebles que denuncia señala: "No es menos cierto que al existir una estimación total de la demanda interpuesta por doña Otilia y don Juan , entendemos que en las instancias previas no se ha debido considerar que tales errores existen". En efecto, esto es lo que se ha producido, no sólo respecto de los pretendidos errores de descripción señalados, sino también respecto del resto de deficiencias técnicas alegadas por la recurrente ya que ambas instancias, en total concordancia de parecer, declaran, entre otros, los siguientes extremos:

A) La idoneidad del edificio para su división y su sometimiento al régimen de propiedad horizontal, ( art. 401, párrafo segundo del Código Civil ).

Señalemos, en este aspecto, que la declaración del régimen de propiedad horizontal se integra substantivamente en la forma o particularización de la extinción del condominio, y que basta con la petición formulada por un comunero para que el Juez deba decretarla, aun en contra de los otros condominios ( STS 10 de enero de 2008 , RJ 2008, 204).

B) La aplicación del principio de igualdad cualitativa de la cuota. ( artículos 1061 y 1062 del Código Civil , en relación con el artículo 406 del mismo cuerpo legal ).

Aunque al respecto es preciso que señalemos que, con carácter general, no se puede sostener la aplicación meramente facultativa de este principio, pues hay supuestos en donde se aprecia claramente su carácter imperativo (contadores encargados de hacer la partición, personas sujetas a la patria potestad o a la tutela y supuestos de partición o división judicial), no obstante, por mor de propia concreción material, inclusive dicha nota de imperatividad en su aplicación tampoco puede resultar absoluta sino relativa; de forma que para entender aplicado dicho principio baste con exigir que los pisos o locales tengan un valor similar y sean suficientes para atribuir a cada comunero lo que le corresponde conforme a su cuota (entre otras, como acertadamente cita la Sentencia de instancia, STS 1 de marzo de 2001 , RJ 2001, 2561). En el presente caso, se tiene acreditado que la división del edificio en tres viviendas independientes cada una con su garaje y los elementos comunes anejos, en régimen de propiedad horizontal, responde fielmente a la proporcionalidad de las cuotas a las que dio lugar el condominio (por terceras partes), y que en la adjudicación de dichas viviendas no sólo se ha seguido los criterios de división del proyecto original de su construcción, destacándose que los inmuebles son parte de una unidad, tienen el mismo forjado, y elementos comunes, sino que además no se aprecia diferencia sustancial entre las viviendas que justifique compensación económica alguna.

C) La correcta adecuación de la división realizada.

Descartada la infracción del principio de igualdad cualitativa de las cuotas en la división practicada, tampoco puede sustentarse su incorrección técnica o formal. En este sentido, como señala la Sentencia de Apelación, la sentencia de instancia realiza un impecable razonamiento jurídico en orden a proceder a la división horizontal del edificio, a la adjudicación de las respectivas viviendas y sus correspondientes anejos; todo ello mediante



un exhaustivo análisis de los diferentes propuestas de división presentadas por las partes. De esta forma, se le contesta cumplidamente al recurrente de la improcedencia su propuesta en relación a los siguientes extremos:

- La pertinencia del proyecto de adjudicación de los garajes presentada por la parte actora, en contra del actor reconviniendo, que no se limita a una división meramente aritmética por metros cuadrados, sino que sigue un criterio de valoración amplio e integral que tiene en cuenta la línea constituida por los pilares existentes, la forma trapezoidal del espacio, así como las mejoras de uso resultante o compensación para el adjudicatario del garaje con menos metros cuadrados (aseo construido y acceso independiente).

D) En línea de lo anterior, la improcedencia técnica del proyecto de división de las terrazas presentado por la parte reconviniendo que insiste en una mera división de la superficie en partes iguales, de suerte que obligaría no sólo a cambiar el sentido de la caída del agua y la balastrada existente, sino que resulta contraria a la estética constructiva del edificio. Todo ello, con el reconocimiento por parte de la arquitecta encargada del proyecto de que hizo dicho encargo sobre los plazos aportados por el actor reconviniendo dividiendo simultáneamente las superficies en partes iguales, sin visitar las viviendas; admitiendo que recibió el encargo en este sentido, aunque profesionalmente no lo hubiera hecho de esa manera.

Constatados estos extremos, carecen de justificación las infracciones alegadas por la parte recurrente en estos dos motivos, pues no se puede considerar vulnerados ni los principios sustantivos que informen la extinción de la comunidad, ni las reglas que determinen el modo o la forma de llevar a cabo la pertinente división en sede judicial. En este sentido, la Sentencia de Apelación, como la propia recurrente reconoce, no aprecia que existen errores significativos en orden ya a la "medida superficial" del inmueble objeto de inscripción ( artículo 9.1º de la ley hipotecaria ), o bien, en relación con la "extensión" en la descripción de cada piso ( artículo 5, párrafo primero de la ley de propiedad horizontal ), conteniéndose estos extremos, así como el resto de elementos identificativos del inmueble, en los planos aportados por la actora en el escrito de la demanda, sobre los que se deberá ejecutar los elementos de separación declarados, así como el otorgamiento de obra nueva y la decisión en régimen de propiedad horizontal. En parecidos términos debemos pronunciarnos sobre la pretendida infracción del alcance referencial que hay que atribuir a la cuota de participación en relación al total del valor del inmueble ( artículo 3, b, párrafo segundo de la ley de propiedad horizontal ), pues dicha cuota ha permanecido, desde el inicio, inalterada para cada condominio en el 33,330%, esto es, por terceras partes iguales, cuestión que determina la cuota de participación para cada vivienda, así como el reparto de los gastos que se ocasionen respecto de la obra nueva, de la división horizontal y de su inscripción registral. Respecto del valor total del inmueble, como alega la parte recurrida, se tiene acreditado que el coste de la obra nueva ha quedado establecido con relación a los precios y valores de cuando se ejecutó dicha obra, siendo ese valor el que se ha utilizado por la parte actora para cuantificar el pleito, cuantía que, no sólo no ha sido impugnada ni discutida a contrario, sino que ha sido aceptada por el recurrente a la hora de cuantificar la reconvencción interpuesta.

Doctrina de los actos propios: partición de facto.

**TERCERO** .- 1. 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.

2. En el presente caso, ya la Sentencia de Primera Instancia valora, conforme a la prueba practicada, que existió una previa partición de hecho y que esta fue plenamente consentida por todas las partes, de suerte que estando en construcción y sobre planos cada una de ellas eligió su correspondiente vivienda, así como los materiales, suelo y alicatado que quiso. Del mismo modo, conviene señalar que durante los últimos quince años todos los gastos comunes del inmueble han sido sufragados por terceras partes iguales sin haberse efectuado objeción, ni reclamación alguna a dicha circunstancia por ninguna de las partes. No debe extrañar,



por tanto, que, apreciado el carácter inequívoco y definitivo de los actos propios que llevaron a la partición de facto, la confianza fundamentadamente depositada por las partes respecto de la misma, así como las consecuencias derivadas del principio de buena fe, la Sentencia de Apelación estimase que a la parte recurrente no le es lícito accionar contra los actos propios, ni puede ampararse el propósito de alterar unilateralmente una situación por quién, al haber concurrido a su creación, se halla obligada a respetarla.

Frente a ello, y en primer término, se alega por la recurrente, sin cuestionar los hechos probados, que en relación a los actos propios no consta ni una sola manifestación de voluntad que de manera, clara e indubitada, haya exteriorizado el parecer de que no proceda el pago de compensaciones económicas a la extinción del condominio (Motivo tercero del recurso). En este sentido, la recurrente no tiene en cuenta, tal y como hemos señalado en la moderna configuración de la doctrina de los actos propios, que para su aplicación o estimación no resulta necesario un previo esquema negocial o declaración de voluntad negocial que integre o de fundamento a los actos propios, sino que basta con la responsabilidad derivada de la confianza suscitada entre partes por dichos actos, conforme al principio de buena fe. En el presente caso, el fundamento de los actos propios, como límite del ejercicio del derecho, radica en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentadamente depositaron las partes en la validez y proporcionalidad de la partición de facto llevada a cabo por los propios interesados, con su pleno consentimiento y aceptación. De modo que, conforme a la naturaleza de la partición efectuada, resulta totalmente innecesario una previa cobertura negocial respecto de la posible proporcionalidad e igualdad de la misma, a los efectos de aplicar la doctrina de los actos propios como objeción a la legitimación de la parte actuante, cuando se han realizado actos que explican su claro e inequívoco reconocimiento.

En segundo término, tampoco puede admitirse la alegación de la recurrente en orden a que la estimación por la Sentencia de Apelación de la doctrina de actos propios suponga una indefensión procesal por la introducción de un nuevo argumento. En este sentido, ya la Sentencia de Primera Instancia declaró probada la existencia de la partición de hecho consentida por las partes, por lo que la Sentencia de Apelación, en uso de la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso y su pertinente fundamentación (principio de iura novit curia) estimó ajustado el recurso, no ya como un mero argumento sobre un hecho nuevo, sino a un fundamento jurídico derivado de la aplicación de la doctrina de los actos propios conforme a los hechos y a la cuestión debatida, de modo que no cabe apreciar incongruencia extra petita ( SSTS de 6 de octubre de 1998 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303).

**CUARTO** .- 1. En los motivos tercero y cuarto la parte recurrente denuncia infracción del artículo 402 del Código Civil, considerando que se ha vulnerado su derecho a recibir una compensación en metálico por la división practicada, así como el principio de proporcionalidad e igualdad de las cuotas en la división de garajes, terrazas y trasteros. Ambos motivos deben examinarse conjuntamente.

En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.

Como hemos señalado en el Fundamento segundo de la sentencia, en la tónica general del hilo discursivo del recurso planteado, el recurrente en los citados motivos vuelve a incurrir el vicio procesal de "hacer supuesto de la cuestión" partiendo de unos datos fácticos totalmente distintos a los declarados y probados por las instancias. En este sentido, apreciada la idoneidad del edificio para su división en régimen de propiedad horizontal, la escrupulosa aplicación del principio de igualdad cualitativa de las cuotas y su consiguiente materialización técnica en la adjudicación realizada, lo que no puede sostenerse es que las instancias incurrían en una vulneración normativa por considerar o interpretar que en la división de la cosa común quedan excluidas, ab initio, los complementos o compensaciones en metálico ya que, por el contrario, dicha posibilidad ha sido tenida en cuenta en la valoración de la prueba y se ha declarado, expresamente, no procedente en el presente caso. En parecidos términos, nos debemos pronunciar respecto de la posible infracción del principio de igualdad en la división equitativa de las terrazas, trasteros y garajes, en donde no se apreció perjuicio alguno para la recurrente y se rechazó su propuesta de división por su insuficiencia tanto técnica como estética.

2. En el quinto motivo del recurso, la recurrente denuncia infracción de los artículos 400 y 401 del Código Civil por mantener la indivisión en relación al semisótano del nivel tercero, continuando indebidamente la copropiedad ordinaria sobre dicho elemento.

En el presente caso, el motivo debe ser desestimado.

Conforme a la relación de la prueba practicada la indivisibilidad de dicho elemento ha sido sobradamente acreditada y justificada en orden a la división practicada en régimen de propiedad horizontal, hasta tal punto, que la recurrente equivoca la denuncia de su motivo, pues las instancias no declaran la copropiedad de dicho elemento, sino su confirmación como "elemento común" en el régimen de propiedad horizontal declarado.

**QUINTO** .- Desestimación y costas.



Desestimando en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

### FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Felicísimo , contra la sentencia dictada, en fecha de 10 de septiembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en el rollo de apelación nº 93/2009 .
2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.
3. Imponemos las costas del recurso de casación a la parte recurrente

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.