



Roj: **ATS 11258/2013 - ECLI:ES:TS:2013:11258A**

Id Cendoj: **28079110012013203608**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2013**

Nº de Recurso: **185/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La representación procesal de "MAHERSOL, S.L." presentó el día 22 de noviembre de 2012 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 1 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, (Sección Novena), en el rollo de apelación nº 203/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario número 619/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrevieja.

2.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de enero de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes el día 24 de enero de 2013.

3.- La Procuradora D^a Pilar Azorín-Albiñana López, en nombre y representación de "MAHERSOL VIVIENDAS, S.L.", presentó escrito ante esta Sala con fecha 6 de marzo de 2013, personándose en calidad de recurrente. El Procurador D. Antonio Merlos Sánchez, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 ", presentó escrito ante esta Sala con fecha 25 de enero de 2013 personándose en calidad de recurrida. Mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de julio de 2013, se tiene por personada y parte la Procuradora Sra. De Villanueva Ferrer en representación de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 ", en sustitución de su compañero Merlos Sánchez.

4.- Por Providencia de fecha 1 de octubre de 2013 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

5.- Mediante escrito presentado el día 25 de octubre de 2013 la parte recurrente muestra su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto, entendiéndose que el recurso cumple todos los requisitos exigidos en la LEC 2000, mientras que la parte recurrida, mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2013 se manifestó conforme con las posibles causas de inadmisión.

6.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Francisco Marin Castan.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la comunidad actora ejercita acción de incumplimiento contractual por la promotora al haber vendido las viviendas sin haber dado cumplimiento a los elementos comprometidos en la memoria de calidades. Dicho procedimiento fue tramitado en atención a la cuantía, siendo la misma inferior a 600.000 euros al haberse fijado en la suma de 72.000 euros, por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

2.- El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN se articula en dos motivos. El motivo primero, en su encabezamiento se alega la incorrecta aplicación del art. 218 de la LEC . Ya en el cuerpo del motivo se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida al haber procedido a declarar la nulidad de unas cláusulas por abusivas sin que la parte lo haya solicitado. Por último, en el motivo segundo, en su encabezamiento, se alega la incorrecta aplicación del art. 1128 del Código Civil , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la fijación de plazo por los tribunales para que el deudor cumpla su obligación. Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto la sentencia recurrida señala el incumplimiento del contrato no obstante no haber plazo alguno para la ejecución de los elementos comunes con lo que lo procedente sería la fijación de plazo para permitir el cumplimiento del contrato. A tales efectos cita como opuestas a la recurrida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de fecha 26 de septiembre de 2001 , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 25 de octubre de 2001 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 6 de octubre de 2004 , así como las Sentencias de esta Sala de fechas 17 de mayo de 1988 y 31 de enero de 1992 .

3.- Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente tras el trámite de puesta de manifiesto, el recurso de casación no puede prosperar por las siguientes razones: a) respecto de los dos motivos en que se articula el recurso por falta de indicación en el encabezamiento de cada uno de los motivos de la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala (art. 483.2.2º en relación con el art. 481.1 de la LEC). La parte recurrente en los dos motivos en que se articula el recurso de casación no establece un encabezamiento en el que se indique de forma clara y concreta cual es la doctrina jurisprudencial que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida por esta Sala, siendo necesario entrar a conocer del cuerpo del recurso para conocer lo pretendido por la parte recurrente, no respondiendo dicho recurso a la precisión exigible en un recurso extraordinario como el presente; b) por falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva art. 483.2.2º en relación con los arts. 481.1 y 487.3 de la LEC). Alegado como infringido en el motivo primero del escrito de interposición el art. 218 de la LEC , denunciando la incongruencia de la sentencia, tal cuestión tiene una naturaleza claramente procesal excediendo por tanto del ámbito del recurso de casación al quedar reservado este último a cuestiones sustantivas; c) porque la parte recurrente no ha acreditado, tal y como le incumbía, la contradicción entre Audiencias Provinciales pues si bien se citan tres Sentencias de Audiencia Provincial con un criterio jurídico que se dice coincidente entre si y opuesto a la recurrida, las mismas proceden de Audiencias Provinciales distintas, Cantabria, Castellón y Badajoz, no contraponiendo a las mismas otras dos sentencias con un criterio jurídico coincidente entre si y dispar del anterior; d) porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC 2000). La parte recurrente, a través del motivo segundo, considera infringida la doctrina de esta Sala relativa a la fijación de plazo por los tribunales para que el deudor cumpla su obligación. Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto la sentencia recurrida señala que el incumplimiento del contrato no obstante no haber plazo alguno para su ejecución de los elementos comunes con lo que lo procedente sería la fijación de plazo para permitir el cumplimiento del contrato. La resolución recurrida, en lo que respecta a esta cuestión, considera en su Fundamento de Derecho Primero, que la falta especificación del plazo para ejecución de elementos comunes conlleva a su inmediata exigibilidad una vez salgan a la venta las viviendas objeto de la promoción, lo que apoya en la normativa sobre consumidores y usuarios y en la doctrina de esta Sala, no siendo pertinente por tanto la fijación de plazo, considerando inaplicable lo dispuesto en el art. 1128 del Código Civil a los supuestos como el presente. El recurso ha de ser desestimado porque la parte recurrente obvia la doctrina actual de esta Sala en la materia recogida entre otras en las Sentencias de esta Sala de fechas 29 de septiembre de 2004 , 12 de diciembre de 2005 , 15 de marzo de 2010 , 8 de marzo de 2011 y 28 de febrero de 2013 y conforme a las cuales los elementos comunes que constan en el folleto publicitario forman parte del contrato y deben ser entregados en propiedad y junto con las viviendas. Esta doctrina es la que resulta aplicada por la resolución recurrida mientras que las Sentencias citadas por la parte recurrente como fundamento del interés casacional son genéricas, responden a unos supuestos de hecho diversos al presente y son previas al establecimiento de la doctrina ahora vigente en la materia. Esta falta de oposición a la doctrina jurisprudencial actual determina que no exista de un modo efectivo el conflicto jurídico



al que antes se aludió, pues no se ha producido una verdadera contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo intrascendente la doctrina anterior invocada por la parte recurrente, ya que esta Sala viene obligada a la interpretación de las normas de un modo adecuado al tiempo histórico presente, lo que no sólo permite, sino que obliga a cambiar criterios, superando e integrando resoluciones anteriores, por lo que solo una vulneración de la nueva jurisprudencia determinará el acceso al recurso por la vía del interés casacional. En conclusión, aplicada por la resolución recurrida la doctrina actual en la materia el "interés casacional" aducido es meramente artificioso y, por ende, inexistente, lo que determina la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.3º, inciso segundo, de la LEC 1/2000 .

4.- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC 2000 , dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

5.- Siendo inadmisibile el recurso de casación tal circunstancia determina la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

6.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC 2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "MAHERSOL, S.L." contra la sentencia dictada, con fecha 1 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, (Sección Novena), en el rollo de apelación nº 203/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 619/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torreveja.

2º) DECLARAR FIRME dicha resolución.

3º) IMPONER las costas a la parte recurrente.

4º) CON PÉRDIDA del depósito constituido.

5º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.