



Roj: **STS 2141/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2141**

Id Cendoj: **28079110012016100322**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2016**

Nº de Recurso: **1388/2014**

Nº de Resolución: **338/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 503/2014,**
STS 2141/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Santander (Sección Segunda), en el rollo de apelación n.º 362/2012 dimanante del juicio de ordinario n.º 937/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelavega; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de doña Clemencia y doña Elena; siendo parte recurrida la procuradora doña Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don José Pelayo Díaz, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega, interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Elena y comunidad hereditaria de Ovidio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Se declare la propiedad de mi representada, la comunidad de propietarios de la calle DIRECCION001 NUM001 de Torrelavega, de la bajo-cubierta de la edificación identificada en los planos del proyecto elaborado por el arquitecto señor Santiago. Se condene a los demandados a restituir las cosas a su estado originario. Se condene a los demandados a abstenerse de realizar actos similares en el futuro».

SEGUNDO .- El procurador don Fernando Candela Ruíz, en nombre y representación de doña Clemencia, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«Se absuelva a su principal de todos los pedimentos deducidos en la demanda; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».

TERCERO.- El procurador don Fermín Bolado Gómez, en nombre y representación de doña Elena en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de su finado esposo don Ovidio, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«Se desestime la demanda presentada por la comunidad de propietarios DIRECCION001 NUM001 de Torrelavega, absolviendo de la misma a mi mandante, con expresa imposición de costas a la actora».



CUARTO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelavega, dictó sentencia en fecha 29 de julio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Pelayo Díaz en representación de la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega, frente a Elena y Comunidad Hereditaria de Ovidio en la persona de doña Clemencia, absuelvo a éstas de todos los pedimentos formulados en su contra. Todo ello con expresa imposición de costas a la actora».

QUINTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: 1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega contra la ya citada sentencia del juzgado, que revocamos. 2º.- Estimamos la demanda interpuesta por dicha recurrente contra doña Elena y doña Clemencia y los herederos de don Ovidio y a) Declaramos que es propiedad de la Comunidad de Propietarios demandante el espacio bajo cubierta que se encuentra sobre los pisos NUM002 NUM003 y NUM002 NUM004 propiedad de los demandados descrito en el fundamento de derecho segundo b) de esta resolución y actualmente ocupado por ellos como parte de sus vivienda. b) Condenamos a dichos demandados a restituir a la Comunidad actora la posesión de ese espacio, clausurando el acceso directo ahora existente desde cada piso, y abstenerse de seguir utilizando dicho espacio como hasta ahora. 3º.- Condenamos a los demandados al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las de esta segunda».

SEXTO.- Los procuradores don Fernando Candela Ruíz y doña Eva María Ruíz Sierra, en nombre y representación de doña Clemencia y doña Elena, interpusieron recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente motivo de casación:

Único: Por infracción de los artículos 3 de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960, de 21 julio) y 396 del código civil y de la doctrina sobre los mismos establecidas por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 diciembre 1997 recurso número 3275/1993, número de resolución 1134/1997.

SÉPTIMO. - Por auto de fecha 15 de abril de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION001, n.º NUM001 de Torrelavega presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La Comunidad de Propietarios C/ DIRECCION001 nº NUM001 de Torrelavega está constituida por un edificio cuya división en propiedad horizontal se efectuó por la que fue su promotora " El ferial S.A", con fecha 15 de mayo de 1991, mediante escritura pública, en la que consta que el referido edificio está compuesto por una planta sótano, una planta baja destinada a locales comerciales y tres plantas destinadas a vivienda, cada planta consta de dos viviendas, haciendo un total de seis. El referido edificio se llevó a cabo conforme al proyecto técnico elaborado por el Arquitecto Don. Santiago. Ni en el referido proyecto ni en la escritura de división horizontal consta que las viviendas del tercero sean duplex, sin embargo en la realidad se oferta su venta como tal.

Los demandados son propietarios de las viviendas ubicadas en la planta NUM002. Doña Elena lo es de la vivienda NUM002 " NUM003 " y Clemencia de la vivienda NUM002 NUM004, adquiridas en el año 1992, inmediatamente después de su construcción, siendo informados por el promotor y la Inmobiliaria que publicitaba y gestionaba la venta de la vivienda, que por razones urbanísticas, lo que constaba registralmente como piso, no podía acomodarse a la realidad de lo que se vendía como duplex, mostrando ellos su conformidad y abonado el precio correspondientes a la realidad de los metros y superficie habitable.

Años después (en 20 noviembre 2009) la mencionada Comunidad de propietarios formuló demanda ejerciendo acción reivindicatoria sobre este bajo-cubierta, basándose en que no costaba en parte alguna que fuera privativo, por lo que era elemento común perteneciente a la Comunidad y las demandadas no han querido abonar más cuota por razón del espacio de que disfrutaban por el duplex. Las demandadas son, como se ha



apuntado, doña Elena y la comunidad hereditaria de don Ovidio representada por doña Clemencia , que han adquirido la propiedad de los pisos, como duplex, siendo constituidos con esta superficie.

2.- La sentencia de primera instancia, dictada el 29 julio 2011, por la magistrada-juez del juzgado de primera instancia número 2 de Torrelavega desestimó la demanda, esencialmente porque la comunidad demandante no ha aportado prueba alguna que acredite que la bajo-cubierta del edificio corresponda como elemento común a la misma, ni ha acreditado que haya sido objeto de apoderamiento por las demandadas, sino que forman parte de los pisos que fueron adquiridos por título (compraventa) y modo (posesión efectiva).

Sin embargo, esa sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 2.ª, de Santander, de 26 marzo 2014 , que estimó la demanda, por entender que en la declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal, que se declaraba que se correspondía con el proyecto, no constaba el bajo-cubierta como formando parte de los pisos de las demandadas y habitables como duplex, ni tampoco figuraban en la escritura de compra de los pisos. La consecuencia es que la cubierta y el espacio bajo la misma es un elemento común del edificio, no propiedad de las demandadas. En el régimen de propiedad horizontal los elementos privativos deben estar claramente detallados y descritos en el título y sólo los que consten como privativos puede ser considerados como tales. Esa sentencia concluye que todo lo anterior «impide reconocer eficacia transmisiva del dominio sobre el bajo-cubierta a los acuerdos alcanzados entre las adquirentes y la promotora vendedora».

3.- Frente a esta última sentencia las demandadas han formulado el presente recurso de casación en un motivo único, por infracción de los artículos 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código civil y doctrina jurisprudencial. Cita jurisprudencia contradictoria y numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que justifican el interés casacional y se mantiene que son elementos privativos los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, separables y autónomos; como conclusión, mantiene que la omisión de un elemento susceptible de ser considerado como privativo no supone atribuir al mismo la condición de elemento común del edificio con independencia de su omisión también en los títulos o escrituras de compraventa.

SEGUNDO.- 1.- El recurso de casación que han formulado los demandados frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial estimatoria de la demanda, después de justificar el interés casacional, alega como motivo único de casación la infracción del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y del artículo 396 del Código civil , ambas normas de carácter general sobre la propiedad horizontal, de difícil encaje en un motivo de casación. También se alega la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 17 diciembre 1997 .

Aparecen dos hechos un tanto insólitos. El primero es que la declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal y la subsiguiente venta de los pisos, incluidos los dos áticos ahora conflictivos, se practicaron en 1991 y la demanda actual en contra de la configuración actual de los mismos se puso en 2009. Los copropietarios -hecho probado- conocían la real configuración de los mismos y se mantuvo a su vista, ciencia y paciencia. Por cierto, no se ha alegado la doctrina de los actos propios. El segundo hecho insólito es que las propietarias de los áticos no aceptaron la modificación de sus cuotas de participación, siendo así que el primer criterio para las mismas, conforme el artículo 5, párrafo segundo, es «la superficie útil de cada piso», la real que incluiría la del duplex.

El hecho básico es la ilegalidad, en aquel tiempo, de un bajo-cubierta habitable, lo que llevó a vender la promotora el piso ático con el bajo-cubierta sin constar en la escritura de venta, ni en el Registro de la Propiedad ni en la división en propiedad horizontal, ni en los estatutos. Es decir, un espacio real físicamente e inexistente jurídicamente. En el momento en que la Comunidad de propietarios reclama, con acción reivindicatoria, como elemento común, la propiedad de este espacio bajo- cubierta, es inevitable dar lugar a la misma ya que no consta en el título constitutivo como propiedad privada. El artículo 396 del Código civil al enumerar los elementos comunes no lo hace *numerus clausus* , ni tampoco lo hace el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal . Sí deben constar expresamente los elementos que son privativos (o de uso privado) de todo copropietario.

Por tanto, que una sentencia, en un caso de un terreno en nada semejante al caso presente, dijera que «toda una planta entera de un edificio no tiene, por naturaleza, el carácter de elemento común» y añade que para que tenga «el carácter de elemento común del edificio, ha de atribuírsele expresamente este carácter en el título constitutivo de la propiedad horizontal al no corresponderle por naturaleza dicho carácter», como dice la sentencia de 17 diciembre 1997 (recurso 3275/1993) no es aplicable el presente caso, en el que no se trata de un terreno edificable y, si se le quisiera aplicar, es claro que una sola sentencia no forma jurisprudencia; expresamente lo dicen las sentencias 17 febrero 2005 , 16 febrero 2003 , 22 enero 2010 .

2.- En consecuencia, el bajo-cubierta es elemento común pues no consta como elemento privativo, como es doctrina jurisprudencial actual, ni paga cuota de participación por su espacio, ni las demandadas puede aducir título alguno de propiedad y la acción reivindicatoria que exige como presupuesto inicial el título del



reivindicante, en el presente caso el título se deduce de su falta de constancia jurídica lo cual acredita que es elemento común que, como tal, es objeto de reivindicación, cuya acción debe ser estimada.

TERCERO.- 1.- Se estima, pues, la acción reivindicatoria confirmando al efecto la sentencia recurrida, desestimando el único motivo del recurso de casación, ya que no hay infracción alguna que haya justificado en el recurso.

2.- Lo anterior lleva consigo la condena en costas, que impone el artículo 398. 1 en su remisión al 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º - Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Clemencia y doña Elena, contra la sentencia dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, en fecha 26 de marzo de 2014, que se confirma. **2.º** - Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz