

Id Cendoj: 28079110012007100017
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1806/2000
Nº de Resolución: 27/2007
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO GONZALEZ POVEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PROPIEDAD HORIZONTAL: BIEN PRIVATIVO POR DESAFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil siete.

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 Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía; seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Parla, sobre reivindicación de la ocupación de bajos y cimientos; cuyo recurso fue interpuesto por D^a Antonieta y D. Franco, representados por el Procurador de los Tribunales D. José Angel Donaire Gómez; siendo parte recurrida la Comunidad de Vecinos de la CALLE000 NUM000 de Parla, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Ester Gómez García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador de los Tribunales D. Alejandro Pinilla Martín, en nombre y representación de la Comunidad de Vecinos del portal N^o NUM000 de la CALLE000 (Parla), formuló demanda de menor cuantía sobre reivindicación de la ocupación efectuada de los bajos y cimientos del edificio y declaración de los mismos como elemento común y declaración de defecto parcial en el título, contra D. Franco y D^a Antonieta, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: a) El carácter de elemento común de los suelos y bajos del edificio, b) La inexactitud y error en la descripción del local 2 o letra A de C/ CALLE000 NUM000 de Parla antiguo n^o 3), en cuanto a la expresión "y sótano" teniendo dicha expresión por no puesta, tanto en la declaración de obra nueva y división horizontal como en el Registro de la Propiedad, dirigiendo mandamiento al Registrador de la Propiedad de Parla n^o 2 por la (sic) que se proceda a la supresión de dicha expresión, así como al Archivo General de Protocolos de Madrid (II. Colegio Notarial); c) Condene a D. Franco y a doña Antonieta a abandonar la posesión de dichos bajos y a dejarlos libres y a disposición de los vecinos y la comunidad, estableciendo a la vez la obligación de demoler las obras efectuadas que impiden el libre acceso y a reparar los desperfectos causados, devolviendo el bien reivindicado a su estado original. d) Condene a los demandados a las costas del presente procedimiento.

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos el Procurador D. Felix González Pomares, en nombre y representación de D. Franco y D^a Antonieta, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena al pago de las costas causadas a la parte actora.

3.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Parla, dictó sentencia en fecha 12 de septiembre de 1997 cuyo FALLO es como sigue: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Pinilla Martín en representación de la Comunidad de Vecinos del Portal NUM000 de la calle CALLE000 contra D. Franco y D^a Antonieta, representados por el Procurador Sr. González Pomares debo absolver y absuelvo a

los demandados de todos los pedimentos efectuados en su contra y ello con expresa imposición de las costas procesales al demandante".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 24 de enero de 2000 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la comunidad de propietarios de la finca sita en Parla C/ CALLE000 nº NUM000 , se revoca la sentencia dictada por la Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de dicha ciudad, y en su lugar estimando la demanda interpuesta se declara que los suelos y bajos del edificio a que se contrae este litigio tiene el carácter de elemento común, debiendo procederse a la rectificación registral en orden a que en la escritura de división horizontal de la citada finca se suprima en la descripción de la finca nº 42 la expresión sótano, así como en la descripción de la finca registral nº 26.848 del registro de la propiedad de Parla, condenando a D. Franco y Dª Antonieta a abandonar la posesión de la citada superficie y dejarlos a la libre disposición de la comunidad de propietarios, con la obligación de restituirlos a su estado original procediendo a retirar las obras efectuadas que impiden el libre acceso a la misma. Todo ello con imposición de las costas de primera instancia a parte demandada, y sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta alzada".

TERCERO.-1.- El Procurador de los Tribunales D. José Angel Donaire Gómez, en nombre y representación de D. Franco y Dª Antonieta , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena), con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Por infracción de ley y de doctrina legal concordante, al amparo del *artículo 1692 ordinal cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : por infracción del *artículo 348.2 del Código Civil* , infringido por el concepto de violación por inaplicación. SEGUNDO.- Por infracción de ley y de doctrina concordante, al amparo del *artículo 1692, ordinal cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : Por infracción del *artículo 348.1 del Código Civil en relación con el artículo 333 del mismo cuerpo legal* , infringidos por el concepto de inaplicación. TERCERO.- Por infracción de ley y de doctrina legal concordante, al amparo del *artículo 1692 ordinal cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : Por infracción del *artículo 396 del Código Civil* , y *artículos 3 y 5 de la Ley 49, de 21 de julio de 1960, sobre Propiedad Horizontal* , infringidos por el concepto de aplicación errónea. CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del *artículo 1692 ordinal cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : Por infracción del *artículo 38 de la Ley Hipotecaria* , infringido por el concepto de violación por inaplicación, en cuanto que hallándose inscrito el derecho de mis mandantes, se presume que existe en la forma que determina el Registro Civil".

2.- Admitido el recurso de casación por auto de fecha trece de enero de 2003 , se entregó copia del escrito a la representación del recurrido, conforme lo dispuesto en el *artículo 1710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , para que en el plazo de 20 días pueda impugnarlo.

3.- La Procuradora de los Tribunales Dª Ester Gómez García, en nombre y representación de la Comunidad de Propiedad C/ CALLE000 NUM000 de Parla, presentó escrito de impugnación al recurso de casación y alegando los motivos que estimó pertinentes, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación y confirme la Sentencia de la Audiencia Provincial, en todos sus extremos, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

4.- Al no haberse solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de enero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Comunidad de vecinos del portal nº NUM000 de la CALLE000 , de Parla, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Franco y doña Antonieta , en cuyo suplico solicitaban sentencia por la que se declarase: a) El carácter de elemento común de los suelos y bajos del edificio, b) La inexactitud y error en la descripción del local 2 o letra A de C/ CALLE000 NUM000 de Parla antiguo nº 3), en cuanto a la expresión "y sótano" teniendo dicha expresión por no puesta, tanto en la declaración de obra nueva y división horizontal como en el Registro de la Propiedad, dirigiendo mandamiento al Registrador de la Propiedad de Parla nº 2 por la (sic) que se proceda a la supresión de dicha expresión, así como al Archivo General de Protocolos de Madrid (II. Colegio Notarial); c) Condene a D. Franco y a doña Antonieta a abandonar la posesión de dichos bajos y a dejarlos libres y a disposición de los vecinos y la comunidad, estableciendo a la vez la obligación de demoler las obras efectuadas que impiden el libre acceso y a reparar los desperfectos causados, devolviendo el bien reivindicado a su estado original.

La sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la de primera instancia y estimó la demanda.

La sentencia objeto de este recurso declara, en su fundamento de derecho tercero: "De las pruebas practicadas en el presente procedimiento ha de partirse de los siguientes hechos que han quedado acreditados en los autos a fin de resolver el citado recurso:

1. Los demandados son propietarios del local nº 2 sito en la CALLE000 nº NUM000 de Parla.

2. En la escritura de división horizontal del inmueble otorgada por escritura pública de fecha seis de diciembre de 1981, aparece descrito el citado local, como nº 42, que consta de una nave diáfana, sótano, W.C.. Ocupa una superficie de 60 metros cuadrados. En planta baja, linda al frente por donde tiene su entrada principal, derecha entrando con el piso letra B, izquierda por donde tiene otro acceso, y fondo con rellano de escalera, cuarto de contadores y local uno o letra D, correspondiéndole una participación del inmueble del que forma parte de 1,495 y de 4,44% en los elementos comunes del portal del que forma parte.

3. En el proyecto del edificio en el que se halla el local ni en los planos ni memoria del proyecto consta la existencia de la denominada planta sótano.

4. Los demandados ahora apelados han procedido a realizar obras en lo que denomina sótano, consistentes en la instalación de un solado, vaciado de tierras, así como a la construcción de paredes de ladrillo en una extensión aproximada de 160 m², al cual se accede a través de una escalera que se halla instalada en el local de los apelados".

En la descripción de la finca de los codemandados, omite la sentencia que el lindero frente da a "calle de nuevo trazado" y que a la izquierda, por donde tiene otro acceso, linda "con zona ajardinada recayente a la fachada Norte del edificio, que la separa de la calle Gobernador".

Segundo.- Alterando el orden en que han sido formulados los motivos que integran el recurso, procede examinar en primer término el tercero de ellos en que, por el cauce procesal del *art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se denuncia infracción de los *arts. 396 del Código Civil*, y 3 y 5 de la *Ley de 21 de julio de 1960*, sobre propiedad horizontal; se ataca la sentencia recurrida en cuanto la misma declara elemento común el espacio litigioso.

Dice la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1992 que si bien la descripción, no de "numerus clausus", sino enunciativa que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de "ius cogens", sino de "ius dispositivum" (sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1998, entre otras), lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad, regla 1ª del *art. 16 de la Ley de 221 de julio de 1960*) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de partes del edificio, etc. (sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 19085, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras), mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada.

En el presente caso, si bien en el proyecto de construcción del edificio no figura como elemento constructivo el sótano en cuestión y tampoco figura en el exponendo II de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, de 6 de noviembre de 1981, en la descripción general del edificio, no puede desconocerse la realidad física de ese espacio, resultante de la solución constructiva al situar las dos viviendas de la planta baja en una cota más elevada respecto a la calle, para que las ventanas de esas viviendas no estuviesen a la vista de los peatones, como señala el informe pericial. Esta realidad física fue la que motivó la rectificación de la primera inscripción registral de local propiedad de los demandados recurrentes, cuando éstos todavía no habían adquirido el mismo, haciéndose constar en el Registro de la Propiedad que la finca número 42 de que se trata consta de una nave diáfana con sótano, W.C. y aseo; así figura descrita la finca 42 en la citada escritura de 6 de noviembre de 1981. Hubo por tanto un acto de desafectación de ese espacio físico en el propio título constitutivo, que convierte dicho sótano en elemento privativo como anejo del local 2 o letra A, del portal número NUM000 de la CALLE000, de Parla.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos que se invocan en el motivo que debe ser estimado.

Tercero.- La estimación de este motivo tercero lleva a la estimación de los motivos primero, segundo y cuarto en que se denuncia la infracción, respectivamente, de los *arts. 348.2 y 348.1 del Código Civil y 38 de la Ley Hipotecaria*, ya que al no ser el espacio reivindicado elemento común de la Comunidad actora, la misma carece de título de dominio, requisito esencial para la viabilidad de la acción reivindicatoria.

Cuarto.- La estimación de los distintos motivos del recurso determina la de éste en su integridad con la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que proceda hacer expresa condena en las costas de este recurso, a tenor del *art. 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Asumida por esta Sala la instancia, procede confirmar la sentencia de primera instancia de acuerdo con lo razonado en los anteriores fundamentos de esta resolución.

Procede la condena de la Comunidad actora al pago de las costas del recurso de apelación por ella interpuesto que debió de ser desestimado; a tenor del *art. 710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Franco y doña Antonieta contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha veinticuatro de enero de dos mil, que casamos y anulamos.

Y debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Parla, de fecha doce de septiembre de mil novecientos noventa y siete.

No ha lugar a hacer expresa condena en las costas de este recurso de casación.

Condenamos a la Comunidad de Vecinos demandante y apelante al pago de las costas causadas por su recurso de apelación.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Pedro González Poveda.-rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Pedro González Poveda, 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.