

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066447

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 16/2023, de 16 de enero de 2023

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3446/2022

SUMARIO:**Tutela sumaria de la posesión. Obras sin autorización de la comunidad propietarios consistentes en la apropiación de zonas comunes. Inadecuación del procedimiento.**

Cuando el elemento agresor a la posesión ajena sea una construcción u obra nueva, **no queda a disposición del perjudicado la elección de la clase de acción**, que debe ser ejercitada, sino que la procedente es la que brinda el art. 250.1 5º LEC, solicitando su suspensión provisional.

La razón que lo justifica viene determinada por el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario, de cognición limitada al simple hecho posesorio, sin eficacia de cosa juzgada, para interesar la demolición de lo construido, o el sometimiento a la contraparte a una transacción injusta, mediante el ejercicio de un acción al amparo del art. 250.1 4º de la LEC, cuya prosperabilidad determinaría la reposición de la situación existente, antes del despojo sufrido, mediante la demolición de la nueva obra, con la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se otorgase la razón al titular de aquella, mediante el reconocimiento definitivo de que lo ejecutado era conforme a Derecho. Se evita, de esta forma, el **riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado**, en un procedimiento de naturaleza sumaria, como el de recobrar la posesión.

El **valor económico que tiene la obra nueva**, así como la naturaleza provisional y sumaria de la tutela posesoria, justifican la doctrina expuesta, siempre, claro está, que nos hallemos ante una obra de cierta entidad, y no de escasa importancia e inmediata realización, en cuyo supuesto, si vedáramos la posibilidad del ejercicio de la acción posesoria de recobrar, dejaríamos al despojado jurídicamente indefenso, con vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, no tienen los poseedores un ius electionis (derecho a elegir) incondicionado, a los efectos de optar libremente sobre la clase de tutela de la posesión que podrán instar ante los tribunales de justicia, sino que rige al respecto el criterio de especialidad, y **si de una obra nueva de entidad se trata, será la acción del art. 250.1 5º de la LEC, la que debe ser interpuesta.**

Procede apreciar la **inadecuación del procedimiento** cuando el seguido, por su carácter restrictivo, por referencia al juicio ordinario declarativo, ya sea por sumariedad, ya sea por especialidad, suponga para las partes una merma de garantías respecto del que debió seguirse. Y, en este caso, se promovió un juicio sumario de protección posesoria, que implica una merma del derecho de defensa de la entidad demandada con respecto al juicio ordinario plenario de propiedad horizontal, en tanto en cuanto el promovido se limita al enjuiciamiento del hecho posesorio y del despojo o perturbación causados, determinando la estimación de la demanda, de cognición limitada, la reposición posesoria con demolición de lo construido; mientras que, en el segundo, cabe discutir el mejor derecho a la posesión, así como la legalidad de unas obras, ya concluidas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico sustantivo o material.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 396, 437, 445 y 446.

Ley Hipotecaria de 1946, art. 38.

Ley 49/1960 (LPH), art. 5.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 10, 12.2, 249.1.8.º, 250.1.4.º, 317.5.º y 6.º, 319.1, 369.1.2.º, 447 y 469.1.3.º.

PONENTE:*Don José Luis Seoane Spiegelberg.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 16/2023

Fecha de sentencia: 16/01/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3446/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SECCIÓN 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3446/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por El Paso 2000, S.A., representada por la procuradora D.ª María del Pino Vega Melian, bajo la dirección letrada de D. Juan Agustín González Romero, contra la sentencia dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación n.º 383/2021, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 682/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de las Palmas de Gran Canaria. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000, de Las Palmas de Gran Canaria, representada por el procurador D. Javier Sintés Sánchez y bajo la dirección letrada de D.ª Vanessa Gutiérrez Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Javier Sintés Sánchez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso demanda de juicio verbal contra El Paso 2000, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] condene a la entidad demandada a reponer a la actora en la posesión original del parterre y la aljibe así como la fachada del edificio debiendo realizar las obras pertinentes para la reposición de las zonas comunes a su estado original, todo ello con apercibimiento a la misma que en caso contrario, se procederá a la ejecución de dicha obligación a su costa debiéndose de abstenerse Enel futuro de realizar otro acto de perturbación similar al presente, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria y se registró con el n.º 682/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María del Pino Vega Melian, en representación de El Paso 2000, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de fecha 10 de febrero de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por "LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUMERO NUM000", contra la entidad "EL PASO 2000 S.A."; en virtud de lo cual, absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra. Y todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandante".

Segundo. Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de las Palmas de Gran Canaria.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 383/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de febrero 2022, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que estimando el recurso de apelación formulado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN CALLE000, NUM000, DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Las Palmas de Gran Canaria en el juicio verbal sumario de recobrar la posesión identificado con el número 682/2020, debemos revocar y revocamos dicha resolución en su integridad y en su lugar acordamos que, con estimación de la demanda formulada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN CALLE000, NUM000, DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, debemos condenar y condenamos a EL PASO 2000, SA, a reponer a la actora en la posesión original del parterre, aljibe y fachada del edificio, debiendo realizar las obras pertinentes para la reposición de dichas zonas comunes a su estado anterior a la realización de las obras por la demandada, con apercibimiento de que en caso contrario se realizarán a su costa, y a abstenerse de realizar actos de perturbación similares en el futuro, debiendo asimismo abonar las costas causadas en dicha primera instancia.

"No se imponen costas en alzada".

Tercero. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª María del Pino Vega Melian, en representación de El Paso 2000, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primer motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinara la nulidad conforme a la Ley o hubiera podido general indefensión. Inadecuación del procedimiento.

"Segundo motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinara la nulidad conforme a la Ley o hubiera podido general indefensión.- Falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario.

"Tercer motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 369.1.2º LEC.- Infracción de las normas reguladoras de las sentencias. Por infracción del artículo 319.1 de la LEC sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos y su valoración".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero de casación.

"De conformidad con lo previsto en el apartado 1º del artículo 477 de la LEC y al amparo del artículo 477.2.3º LEC (interés casacional), se citan como infringidos los artículos 250.1.4º LEC, art. 439.5 y 249.8º de la LEC en relación con artículos 437, 441, 445, 446, 460.1, 460.2 del Código Civil y artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

"Concretamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 477.3 LEC, la sentencia impugnada recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial, asentada por SENTENCIA DEL TS NÚMERO 1110/2008 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2008, la de 27 de mayo de 1995, entre otras [...].

"Motivo segundo de casación.

"De conformidad con lo previsto en el apartado 1º del artículo 477 de la LEC y al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC (motivo casacional), se cita como infringidos los artículos 250.1.4º LEC, 439.1 y 5 y 249.1.8º de la LEC y 460.1 y 460.3 del Ccivil, en relación con los artículos artículo 437 , 438, 445, 446 y 448 del Ccivil.

"Motivo tercero de casación.

"De conformidad con lo previsto en el apartado 1º del artículo 477 de la LEC, se cita como infringido el artículo 437 del Código Civil, el artículo 132 de Constitución Española, los artículos 439 y 441 de la LEC y y 33.3 de la ley 33/2003 de 3 de noviembre, en relación con el artículo 438 Ccivil sobre adquisición de la posesión, los artículos 80.1, 81.1.a) y 82.a) de la ley de Bases de Régimen Local (ley 7/1985 de 2 de abril), los artículos 26 y 27 de la ley de Costas, y artículos 5.1 y 6.a) de la ley 33/2003 de 3 de noviembre (ley de patrimonio de las administraciones públicas), sobre la adquisición y determinación de la condición de dominio público de un bien inmueble desde la aprobación del plan general donde lo incluye.

"Se interpone recurso de casación por la vía del artículo 477.2.3 de la LEC (interés casacional), por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la mercantil El Paso 2000 S.A. contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 383/2021, dimanante de juicio verbal n.º 682/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria.

"2º.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos interpuestos de contrario. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de diciembre de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de enero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios de los presentes recursos hemos de partir de los siguientes hechos relevantes.

1º.- El objeto del proceso versa sobre el ejercicio de una acción de recobrar la posesión ejercitada por la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la CALLE000, n.º NUM000, de Las Palmas de Gran Canaria, contra la entidad mercantil El Paso 2000. S.A., que se fundamentó sintéticamente en los hechos siguientes:

(i) La entidad demandada es propietaria de una finca situada en el edificio comunitario, concretamente la planta semisótano, con entrada y salida por la CALLE000, y escalera de acceso junto a la escalera general del edificio.

(ii) En la Junta de Propietarios, celebrada en fecha 27 de noviembre de 2015, se negó la petición de la demandada para realizar el cambio o reforma de las ventanas del local, que daban hacia el exterior, e instalaciones de las conducciones de ventilación y extracción a través del patio de luces hasta la cubierta. En dicha petición, no se nombró el jardín que existe en la fachada, tampoco el aljibe común.

(iii) Desde ese año 2015, la mercantil demandada está intentando realizar obras consistentes en la apropiación de zonas comunes, y la Comunidad de Propietarios se ha opuesto tajantemente a su ejecución. Así resulta, de las peticiones de mayo de 2017, de abril de 2018 (donde solicitó la creación de una rampa que ocuparía el aljibe común y el actual parterre que da a la Avenida de Las Canteras). En la Junta de 16 de octubre de 2019 se acordó realizar un proyecto de embellecimiento del parterre con la colaboración de la propietaria del local litigioso, al ser el inmueble más próximo, y puesto que, además, estaba desarrollando obras en el interior del local.

(iv) El día 1 de junio de 2020, la demandada comenzó a realizar obras en zonas comunes, sin autorización de la comunidad propietarios.

(v) Sin previo aviso, ha demolido por completo todo el parterre frontal y eliminado la jardinería. Una vez hecho esto, ha excavado el área que ocupa la rampa actual hasta alcanzar la cota de acceso del local. Bajo el parterre ajardinado se situaba el aljibe comunitario, el cual se encontraba en desuso temporalmente. Para construir la rampa, junto con la demolición del parterre, se llevó a cabo también la eliminación del citado aljibe comunitario.

(vi) El local comercial, antes de realizar esta reforma, contaba con tres grandes huecos acristalados o ventanas, además de la puerta de entrada desde el paseo, encontrándose situados a la altura del parterre/jardinería y formando parte de la fachada del edificio. Tras las obras ejecutadas, la dimensión de los huecos de fachada ha sido modificada con aumento de su altura en aproximadamente unos 30 centímetros, aprovechando el desnivel provocado tras la eliminación del parterre y aljibe. La obra realizada ha alterado la configuración exterior de la fachada del inmueble, puesto que ha sido preciso derruir una parte de la misma para hacer llegar el hueco de la ventana hasta el piso.

En la demanda se ejercitó la acción prevista en el artículo 250.1.4.º de la LEC; es decir, la que pretende "la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute". Y en el suplico de la misma se postuló la condena de la entidad demandada a reponer a la actora en la posesión original del parterre y aljibe así como la fachada del edificio, debiendo realizar las obras pertinentes para la reposición de las zonas comunes a su estado original, todo ello con apercibimiento de que, en caso contrario, se procederá a la ejecución de dicha obligación a su costa, debiéndose de abstenerse en el futuro de realizar otro acto de perturbación similar al presente, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó por los cauces del juicio verbal 682/2020.

2º.- En su contestación a la demanda la entidad demandada alegó en síntesis que:

(i) De acuerdo con las escrituras de compraventa y división horizontal, si bien el aljibe es un elemento común, el mismo no se encuentra en una zona común del edificio, sino que está dentro del semisótano, que es propiedad de la entidad demandada.

(ii) Las obras llevadas a cabo se encuentran amparadas por lo establecido en el artículo 5 de la LPH, así como por las propias normas estatutarias de la comunidad de propietarios en su estipulación cuarta, por lo que nunca El Paso 2000, S.A., ha solicitado autorización a la comunidad de propietarios para ejecutarlas, sino que se ha limitado a informar de su realización.

(iii) De las obras realizadas, sólo afectan a elementos comunes del edificio las relacionadas con los conductos de ventilación, que pasan por el patio de luces, y la reposición de la carpintería de las ventanas del local ubicadas en la fachada, el resto únicamente se llevaron a efecto en elementos privativos de la demandada, como la rampa de acceso por el paseo de las Canteras, que si bien afectaba a un elemento común (aljibe) no a una zona común, ya que el jardincillo (ahora rampa de acceso) siempre ha formado parte de la finca semisótano.

(iv) No es cierto que los ventanales, que dan hacia el antiguo parterre, hayan incrementado su altura hasta llegar al piso del semisótano, tan sólo se han incorporado unas pequeñas piezas para la entrada de aire desde la zona actual de la rampa de acceso.

(v) La escritura de división horizontal no acredita la posesión reclamada en la demanda por la comunidad de propietarios actora, que tampoco aporta otro título constitutivo de su derecho.

(vi) La zona destinada a jardín se encontraba, a la fecha de la ejecución de las obras, en absoluto y evidente desuso, sin que concurriera ningún indicio de que la comunidad de propietarios estuviera en la posesión de dicho espacio para uso comunitario.

(vii) Por lo que se refiere al aljibe, se encontraba también en desuso desde hacía bastante tiempo.

3º.- Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó sentencia de 10 de febrero de 2021, en la que se desestimó la demanda en función de los argumentos siguientes:

Con respecto al parterre, se razonó que está pegado a la fachada del edificio y su límite superior o cota se encuentra a la altura de las antiguas ventanas del local de la demandada, está cerrado por un muro y vallado metálico, que coincide en su extensión en paralelo con el paseo y con la puerta de entrada a la escalera que desciende hasta el local; no obstante, no se había acreditado su posesión por parte de la comunidad demandante.

En relación con el aljibe, no se discute que es comunitario; pero la actora no ha acreditado su eliminación, ni tampoco si la tapa de acceso al mismo, que estaba en la parte superior del parterre, se ha desplazado a otro lugar, o simplemente ya no existe.

En cualquier caso, la demandante no estaba en la posesión actual del aljibe, al no ser utilizado para la finalidad que le es propia, dado que la comunidad de propietarios accionante colocó unos depósitos en otra zona común del inmueble, amén de que se constató pericialmente que no estaba en condiciones de uso. Por lo tanto, se concluyó que no constaba ni la posesión actual ni el despojo posesorio.

Por último, en lo concerniente a las obras en la fachada, se desestima igualmente la acción, toda vez que el cambio de la carpintería de las ventanas y la eventual ampliación de los huecos preexistentes, no entran dentro de la protección sumaria, pues la posesión de los huecos de las ventanas y de los elementos que lo configuran y cierran corresponden al usuario del local, no a la Comunidad de Propietarios, la cual deberá acudir a otras vías, si considera que las obras ejecutadas son contrarias a la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH) y a las normas contenidas en el título constitutivo.

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la comunidad actora recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, que dictó sentencia en la que revocó la pronunciada por el juzgado, y estimó la acción deducida.

Para ello, partió de la naturaleza común de los elementos en los que se ejecutaron las obras litigiosas por la mercantil demandada, y, por ende, de la necesidad de contar para su realización con la autorización de la junta de propietarios.

En efecto, el aljibe, cuya consideración de elemento común no se combate, contaba como único acceso, por su parte superior, con el parterre suprimido por las obras ejecutadas por la demandada que, sin encajar en el concepto de patio al que se refiere el art. 396 CC, constituía un elemento estructural del edificio, como forjado superior del aljibe, lo que se deriva, además, del título constitutivo en el que consta que el edificio retranqueado y escalonado "ocupa una superficie de cuatrocientos veintiocho metros cuadrados de los que deducidos cuarenta metros cuadrados que se ceden o retranquean para jardinería frontal". De lo que resulta, que esta superficie destinada a jardinería, no forma parte de la edificación, pero sí queda integrada en la propiedad común con tal destino, sin atribución de su titularidad, ni de su uso privativo, a ningún comunero en particular. En cualquier caso, las dudas acerca de la naturaleza de un elemento del inmueble se despejan presumiendo su condición común. Por último, la consideración de la fachada y las ventanas como elementos comunes deviene indiscutible, dado los términos del art. 396 CC, que expresamente los incluyen en su relación de elementos de dicha naturaleza.

En sus razonamientos la Audiencia igualmente reconoce la posesión de la entidad actora sobre dichos elementos, con cita incluso del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Con tal base, se estima la demanda, toda vez que se dan todos los requisitos para que prospere la acción ejercitada por la comunidad de vecinos:

"(i) se ha demostrado su posesión sobre los bienes despojados y perturbados; (ii) no se ha acreditado que el perturbador gozase de autorización para ello, máxime si se atiende a su consideración de elementos comunes; (iii) aparecen claramente delimitados los elementos afectados por la perturbación o despojo, (iv) no se ha discutido la realización y alcance de los actos de perturbación y despojo y (v) la acción se ha ejercitado en el plazo de un año desde la materialización de dichos actos ilegítimos".

5º.- Contra dicha sentencia se interpusieron, por El Paso 2000, S.A., recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Segundo. *De los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto*

2.1 Fundamento y desarrollo de los motivos del recurso

"Primer motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinara la nulidad conforme a la Ley o hubiera podido generar indefensión. Inadecuación del procedimiento.

Segundo motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinara la nulidad conforme a la Ley o hubiera podido generar indefensión.- Falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario.

Tercer motivo de infracción procesal: al amparo del artículo 369.1.2º LEC.- Infracción de las normas reguladoras de las sentencias. Por infracción del artículo 319.1 de la LEC sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos y su valoración".

A través de estos tres motivos del recurso se sostiene que el terreno sobre el que se ejecutaron las obras es suelo afecto al dominio público, sistema general viario del Plan General de Ordenación de Las Palmas de Gran Canaria, como resulta de la documentación pública aportada al proceso y su eficacia probatoria (arts. 319.1, en relación con los arts. 317.5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento civil, en adelante LEC), ello determina que el procedimiento sea inadecuado, puesto que no pueden ser objeto de posesión los bienes públicos al no ser susceptibles de apropiación (art. 437 del Código Civil, en adelante CC), lo que determina que la actora carezca de legitimación activa para instar una acción posesoria como la promovida (art. 250.1 4º LEC), y concurrir, en todo caso, una falta de litisconsorcio pasivo necesario (arts. 10 y 12.2 LEC), al no haberse demandado a la administración, como titular de un indiscutible interés jurídico en el resultado del proceso.

Por otra parte, se sostiene también la inadecuación del procedimiento, toda vez que lo que se pretende conseguir por la demandante (que se demuelan las obras ejecutadas) se debe reclamar no a través de un procedimiento posesorio, sumario y excepcional, como el contemplado en el art. 250.1 4º LEC, en claro fraude procesal como ya se advirtió en la contestación de la demanda sino, dada la pretensión objeto del proceso, por el cauce del juicio ordinario de propiedad horizontal (art. 249.1 8º LEC).

2.2 Examen de los motivos del recurso por infracción procesal.

Para resolver la cuestión de inadecuación del procedimiento hemos de partir de la base de lo declarado en nuestra sentencia 207/2012, de 11 de abril, según la cual:

"Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión en sentencia de 12 de noviembre de 2009 (Recurso 1454/2005), en la que, al final de su fundamento de derecho segundo, se dice que "resulta posible el ejercicio de las acciones posesorias entre propietarios que sean a la vez coposeedores por no haberse pactado entre los copartícipes ningún tipo de uso exclusivo".

"Dicha doctrina resulta especialmente aplicable a los supuestos de conflicto surgido entre coposeedores en el régimen de propiedad horizontal y, en absoluto, puede calificarse de contraria a lo dispuesto por los artículos 445 y 446 del Código Civil, como sostiene la parte recurrente, pues precisamente la situación de indivisión a que se refiere el artículo 445 da lugar en el caso de los elementos comunes en régimen de propiedad horizontal a la situación de coposesión de que se trata y, en tal supuesto, la posesión, como hecho, puede ser reconocida en dos personalidades distintas como la propia norma prevé; por otro lado, el artículo 446 únicamente se refiere al derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión, y precisamente tal respeto posesorio es el que reclaman los demandantes.

"[...] No obstante, dada la posibilidad de hecho de que un coposeedor se arroge en su beneficio y de forma exclusiva el disfrute de la posesión sobre la cosa común, privando de ella a los demás, resulta procedente que, en tales casos, estos últimos puedan acudir no sólo a las acciones declarativas, sino también a las de carácter provisional que, como las posesorias, tienden a lograr una restitución de la posesión de hecho a su estado anterior de forma rápida y provisoria y sin efectos de cosa juzgada material (artículos 250.1.4º y 447.2)".

Termina la mentada sentencia reconociendo como doctrina jurisprudencial:

"[...] con carácter general, la posibilidad de ejercicio de acciones posesorias entre coposeedores siempre que alguno de ellos se haya irrogado con carácter exclusivo la posesión de todo o parte del bien sin autorización de los demás partícipes o de cualquier otro modo haya faltado a lo convenido entre ellos sobre tal extremo".

Ahora bien, de forma perfectamente compatible con dicho pronunciamiento, nos hemos manifestado también, por ejemplo en sentencia 149/2022, de 28 de febrero, sobre la consideración de la obra nueva como elemento decisivo y delimitador del ámbito respectivo de los procedimientos de tutela posesoria, al sostener que:

"Tal cuestión no es baladí o de exclusiva naturaleza teórica, sino de una indiscutible trascendencia práctica, derivada de las distintas consecuencias jurídicas que dimanar de la elección de una u otra acción.

"En efecto, en el caso del juicio de la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellos (art. 250.1.4 LEC), la ejecución de la sentencia estimatoria determina la inmediata reposición posesoria del actor, dejando para el juicio plenario posterior la discusión, y correlativa decisión judicial, sobre el mejor derecho de las partes a la posesión definitiva de la cosa o derecho controvertido objeto del proceso; mientras que, en el supuesto del juicio sumario de suspensión de obra nueva (art. 250.1.5º LEC), el acogimiento de la demanda genera, como única consecuencia jurídica, la ratificación de la suspensión ya acordada, discutiéndose en el declarativo posterior el derecho a la demolición de la obra o a continuarla hasta su conclusión, con plena cognición judicial, así como con las garantías que ofrece todo juicio plenario frente al sumario anterior.

"Pues bien, sobre tal cuestión, constituye un consolidado criterio el que viene sosteniendo que, cuando el elemento agresor a la posesión ajena sea una construcción u obra nueva, no queda a disposición del perjudicado la elección de la clase de acción, que debe ser ejercitada, sino que la procedente es la que brinda el art. 250.1 5º LEC, solicitando su suspensión provisional.

"La razón que justifica una decisión de tal clase viene determinada por el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario, de cognición limitada al simple hecho posesorio, sin eficacia de cosa juzgada (art. 447 LEC), para interesar la demolición de lo construido, o el sometimiento a la contraparte a una transacción injusta, mediante el ejercicio de un acción al amparo del art. 250.1 4º de la LEC, cuya prosperabilidad determinaría la reposición de la situación existente, antes del despojo sufrido, mediante la demolición de la nueva obra, con la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se otorgase la razón al titular de aquella, mediante el reconocimiento definitivo de que lo ejecutado era conforme a Derecho. Se evita, de esta forma, el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado, en un procedimiento de naturaleza sumaria, como el de recobrar la posesión.

"El valor económico que tiene la obra nueva, así como la naturaleza provisional y sumaria de la tutela posesoria, justifican la doctrina expuesta, siempre, claro está, que nos hallemos ante una obra de cierta entidad, y no de escasa importancia e inmediata realización, en cuyo supuesto, si vedáramos la posibilidad del ejercicio de la acción posesoria de recobrar, dejaríamos al despojado jurídicamente indefenso, con vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

"Por consiguiente, son dos los elementos a considerar, en la aplicación de tal doctrina: a) la importancia, entidad y envergadura de la obra, y 2º) la rapidez o inmediatez en su ejecución. De esta manera, tendría amparo en el art. 250.1 4º de la LEC, a título de mero ejemplo, el levantamiento de un pequeño muro para impedir un paso, que se viene disfrutando, en cuyo supuesto la viabilidad del ejercicio de la acción del art. 250.1 4º LEC, devendría difícilmente discutible para reponer al actor en la posesión del paso, pues la suspensión de la obra sería, en tales casos, imposible de promover, antes de su ejecución.

"En definitiva, no tienen los poseedores un ius electionis (derecho a elegir) incondicionado, a los efectos de optar libremente sobre la clase de tutela de la posesión que podrán instar ante los tribunales e justicia, sino que rige al respecto el criterio de especialidad, y si de una obra nueva de entidad se trata, será la acción del art. 250.1 5º de la LEC, la que debe ser interpuesta".

Pues bien, en este caso, las obras realizadas por la entidad demandada, como consta de las fotografías e informes periciales, no son de rápida e inmediata ejecución, ni la demandada se limitó a la simple ocupación material de un bien común, sino que son trabajos arquitectónicos de envergadura, comprendiendo obras de demolición y edificación, que se prolongaron en el tiempo y que se ejecutaron a la vista de la actora, que reaccionó tardíamente contra ellas mediante la promoción del presente procedimiento posesorio en vez de promover, en su momento, el más específico de obra nueva, por lo que no puede pretender ahora, en un juicio sumario, de cognición limitada al hecho posesorio, la demolición y reposición de lo construido a su estado originario, debiendo acudir, para ello, al juicio ordinario de propiedad horizontal, en su condición de proceso plenario, en el que las partes pueden dirimir, sin las limitaciones impuestas por los juicios posesorios, el mejor derecho sobre los trabajos realizados.

Por otra parte, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que procede apreciar la inadecuación del procedimiento cuando el seguido, por su carácter restrictivo, por referencia al juicio ordinario declarativo, ya sea por sumariedad, ya sea por especialidad, suponga para las partes una merma de garantías respecto del que debió seguirse (SSTS 693/1991, de 10 de octubre; 58/2005, de 17 de febrero; 666/2008, de 14 de julio; 463/2011, de 28 de junio, entre otras).

Y, en este caso, se promovió un juicio sumario de protección posesoria (art. 250.1 4º LEC), que implica una merma del derecho de defensa de la entidad demandada con respecto al juicio ordinario plenario de propiedad horizontal (249.1 8º LEC), en tanto en cuanto el promovido se limita al enjuiciamiento del hecho posesorio y del despojo o perturbación causados, determinando la estimación de la demanda, de cognición limitada, la reposición posesoria con demolición de lo construido; mientras que, en el segundo, cabe discutir el mejor derecho a la posesión,

así como la legalidad de unas obras, ya concluidas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico sustantivo o material, todo ello en función del conjunto argumental antes expuesto.

En consecuencia, este motivo del recurso debe ser estimado, remitiendo a la parte demandante para hacer valer su derecho al correspondiente juicio ordinario (art. 249.1 8º LEC).

La estimación de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal determina la improcedencia de examinar el recurso de casación interpuesto.

Por otra parte, con relación a la cuestión concerniente a la naturaleza pública del terreno en que se ejecutaron las obras, difícilmente cabe obtener tal conclusión, al tratarse el aljibe y parterre vallado de espacios delimitados como comunes del edificio. Obtener la demandada licencia administrativa para la ejecución de los trabajos objeto del proceso, lo que, en principio, deviene inviable en terreno público. Ser poco significativa la prueba documental aportada por la demandada con tal finalidad, llegando incluso a insistir en que no fundamenta el recurso en el dominio público marítimo terrestre. En cualquier caso, es cuestión que cabrá discutir en el procedimiento declarativo plenario ulterior.

Tercero. Costas y depósito

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conlleva no se haga expresa condena en costas en aplicación de lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como que proceda decretar la devolución del depósito constituido para recurrir de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Iguales pronunciamientos corresponden al recurso de casación, dado que no cabe entrar su examen al prosperar el de infracción procesal interpuesto.

3.- Por otra parte, la inadecuación del procedimiento implica la desestimación de la demanda, aunque lo sea por argumentos distintos, lo que conlleva la imposición de las costas de primera y segunda instancia a la parte actora, por mor del criterio del vencimiento objetivo (arts. 394 y 398 LEC), así como la pérdida del depósito para apelar (disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido:

Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad demandada El Paso 2000, S.A., contra la sentencia de 11 de febrero de 2022, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación n.º 383/2021, se confirma la sentencia de 10 de febrero de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria, todo ello sin imposición a la parte recurrente de las costas de dicho recurso y devolución del depósito constituido para recurrir.

No ha lugar a entrar en el conocimiento del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir y sin hacer pronunciamiento en costas.

Se imponen a la parte actora las costas de primera y segunda instancia, así como la pérdida del depósito para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.