



Roj: **STS 2187/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2187**

Id Cendoj: **28079119912018100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/06/2018**

Nº de Recurso: **2228/2015**

Nº de Resolución: **360/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 2228/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 360/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 18 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 119/15, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 123/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Amurrio.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.ª Olga Rodríguez Herranz, asistida del letrado D. Xabier Bilbao Ormazabal, en nombre y representación de Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, Construcciones Izoria 2000 S.A. representada por el procurador D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, asistido del letrado D. Javier Martínez Mendía.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La procuradora de los Tribunales D.^a Alicia Arrizabalaga Iturmendi, en nombre y representación de Construcciones Izoria 2000, S.A, formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra las siguientes empresas: Laboral Kutxa Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L. y Medialan Group 2009, S.L, suplicando al juzgado:

«[...]que tenga por presentado este escrito junto con sus documentos y copias y, en su virtud, lo admita a trámite y en la representación que ostento, tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra "LABORAL KUTXA" con domicilio en Mendiko Kalea, n° 1 - 01470 de AMURRIO (ÁLAVA), contra "SISTEMAS DE TELEVISIÓN AUDIOVISUALES, S.L."»

con N.I.F. n° B-01375211 y domicilio social en 01400 - Llodio (ÁLAVA), Polígono Industrial (Edificio Cerámica), n° 2, 3, Departamento 1 bajo, y contra "MEDIALAN GROUP 2009, S.L." con

C.I.F. B- 01467794 y domicilio en Amurrio (ÁLAVA), polígono Maskuribai n° 19, y tras los trámites legales oportunos dicte Sentencia por la que:

»1.- Declare la vulneración del derecho de edificabilidad de entreplantas reservado por "CONSTRUCCIONES IZORIA 2000, S.A." en el conjunto edificatorio situado en el Polígono Industrial de Maskuribai en Amurrio en el que se encuentra el pabellón n° 19, propiedad de LABORAL KUTXA, y en cuyo interior se ha construido, sin consentimiento de la demandante, una entreplanta de 194,93 metros cuadrados.

»2.- Se condene de forma solidaria a las tres demandadas, "Laboral Kutxa", "Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L." y "Medialan Group, 2009, S.L.", a derribar la entreplanta de 194,93 metros cuadrados construida en el pabellón emplazado en el Polígono Industrial de Maskuribai n° 19 -finca que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de Amurrio al Tomo 1.134, Libro 153, Finca 10317, Folio 198- y una vez realizado el derribo y previa acreditación del mismo, a comunicar al Ayuntamiento de Amurrio la efectividad del derribo con el objeto de que el Ayuntamiento restituya en sus registros los derechos de edificabilidad a favor de la demandante.

»3.- Todo ello con expresa imposición de costas a las demandadas.»

2.- Por decreto de 9 de junio de 2014, se admite a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora D.^a Soledad Burón Morilla, en nombre y representación de Caja Laboral Popular Coop. de Crédito, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«[...] se dicte sentencia desestimatoria de todos los pedimentos de la demanda absolviendo de la misma a mi representada Caja Laboral Popular Coop. de Crédito, y todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandante.»

4.- El procurador de los tribunales D. Federico de Miguel Alonso, en nombre y representación de Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«[...]oponiéndonos a la demanda de juicio ordinario presentada por los trámites legales oportunos, dicte sentencia que desestime íntegramente las pretensiones formuladas de contrario contra Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L, imponiendo a la actora la oportuna condena en costas.»

5.- Mediante diligencia de fecha 31 de julio de 2014, la demandada Medialan Group 2009 SL, fue declarada en situación de rebeldía procesal, según lo dispuesto en el artículo 496.1e la LEC .

6.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Amurrio, dictó sentencia el 9 de diciembre de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda formulada por Construcciones Izoria 2000, S.L. contra Laboral Kutxa, Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L. y Medialan Group 2009, S.L. debo absolver y absuelva los demandados de los pedimentos formulados contra ellos. Con imposición de costas a la parte actora.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La representación procesal de Construcciones Izoria 2000, S.A. interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria, que dictó sentencia el 18 de mayo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar recurso interpuesto por Construcciones Izoria 2000 SA representado por la procuradora Alicia Arrizabalaga contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Amurrio en el procedimiento Ordinario n.° 123/2014, Revocando la misma, y. en consecuencia, que estimando la demandar interpuesta por Construcciones Izoria 2000 SA debemos declarar y declaramos:



»1.- La vulneración del derecho de edificabilidad de entreplantas reservado por Construcciones Izoria 2000 SA en el conjunto edificatorio situado en el polígono industrial de Maskuribai en Amurrio en el que se encuentra el pabellón n.º 19 propiedad de Laboral Kutxa y en cuyo interior se ha construido sin consentimiento de la demandante una entreplanta de 194,93 metros cuadrados.

»2.- Que debemos condenar y condenamos de forma solidaria a las tres demandadas Laboral Kutxa, Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L. y Medialan Group 2009, S.L. a derribar la entreplanta de 194,93 metros cuadrados construida en el pabellón emplazado en el polígono industrial de Maskuribai n.º 19, inscrita en el registro de la Propiedad de Amurrio al folio 198, Libro 143, Tomo 1134, finca n.º 10317, y una vez realizado el derribo y previa acreditación del mismo, a comunicar al Ayuntamiento de Amurrio la efectividad del derribo con el objeto de que el Ayuntamiento restituya en sus registros los derechos de edificabilidad a favor de la demandante.

»3.- Con expresa imposición de costas de la instancia a los demandados, sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L. con base en los siguientes motivos:

Motivo primero. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo sobre el principio de especialidad de los derechos reales y la interpretación restrictiva de las limitaciones de derechos de dominio (derecho de edificabilidad).

Motivo segundo. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la mención registral.

Motivo tercero. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la fe pública registral .

Motivo cuarto. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la acción de enriquecimiento injusto.

2.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«PRIMERO.- Procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L., al concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos, no advirtiéndose en esta fase causa legal de inadmisión.

»SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 485 LEC , la parte recurrida podrá formalizar su oposición al recurso por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Construcciones Izoria 2000, S.A., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- Por providencia de 18 de abril del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó que el recurso se decidiera por el Pleno de esta Sala, señalándose para su votación y fallo el 23 de mayo siguiente, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias los que se exponen a continuación:

1.- D. Marcelino y su mujer D.^a Gabriela , eran propietarios de la finca registral n.º NUM000 de Amurrio con una superficie de 9.632 m2 en el polígono Industrial de Maskuribai, término municipal de Amurrio.

La parte actora Construcciones Izoria 2000 (en adelante Construcciones Izoria o Izoria) acordó con los propietarios de la finca descrita construir unos pabellones a cambio de repartirse al cincuenta por ciento la propiedad de los mismos.

2.- El 18 de julio de 2.008 se otorga escritura pública de obra nueva y división de propiedad horizontal ante el Notario Antonio José Martínez Lozano de veinte pabellones, denominados. Fase 1 con ocho naves, y Fase II con doce pabellones. Al matrimonio Marcelino - Gabriela se le ceden las naves nueve, diez, once, doce, trece, quince, dieciséis, diecisiete, dieciocho y diecinueve del pabellón II. A favor de Construcciones Izoria el resto de los elementos (cincuenta con cuarenta y cuatro por ciento), el uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete,



y ocho del pabellón. La finca queda constituida como una comunidad de bienes entre las partes, el matrimonio Marcelino - Gabriela con un 49,56% y Construcciones Izoria con un 50,44%. En la misma escritura pública se constituyó el régimen de Propiedad Horizontal y se establecieron las normas de Comunidad.

3.- Al inscribir el título en el Registro de la Propiedad Construcciones Izoria se reserva una edificabilidad de 1.142,53 m², para la construcción de entreplantas o cesión a terceros. En la inscripción se hace constar:

«Habiéndose consumido para esta edificación una edificabilidad de siete mil setecientos cuarenta y siete con cuarenta y siete metros cuadrados, resta una edificabilidad de mil ciento cuarenta y dos con cincuenta y tres metros cuadrados, que se reserva Construcciones Izoria Sociedad Anónima, para la construcción de entreplantas o cesión a terceros».

El matrimonio Marcelino - Gabriela no se reservó derecho de edificabilidad para la construcción de entreplantas en los pabellones adjudicados.

4.- Marcelino y Gabriela venden el pabellón n.º NUM001 a Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito (en adelante Caja Laboral). En la descripción registral consta que está situado en el pabellón II, en planta primera, y es el quinto contando desde el Sur de la edificación. Tiene una superficie edificada de 372,76 metros cuadrados. Linda: Al Norte, vuelos sobre terreno añojo del elemento 14 y elemento 20; Sur, elemento 18; Oeste y Este, resto de terreno libre de edificación. Tiene una participación en los elementos comunes del conjunto del 4,81% y del pabellón la que pertenece del 7,48%.

Caja Laboral cede el pabellón n.º NUM001 a la empresa Sistemas de Televisión Audiovisuales S.L (en adelante Sistemas de Televisión) a través de un arrendamiento financiero leasing por un periodo de ciento cuarenta y cuatro meses desde la fecha del contrato. En el mismo pabellón tiene su sede social la empresa Mendialan Gropup 2.009 SL (en adelante Mendialan), que solicitó la licencia de obras y actividad para estudio y televisión y medios complementarios. También fue esta empresa quien solicitó la licencia de obras al Ayuntamiento para construir la entreplanta en el pabellón n.º NUM001 .

Sistemas de Televisión construyó, en el pabellón n.º NUM001 descrito, del que es titular Caja Laboral, una entreplanta de 194, 93 m² sin el consentimiento de Construcciones Izoria que tenía reservado el derecho de edificabilidad.

5.- En el escrito de demanda Construcciones Izoria solicita se declare la vulneración del derecho de edificabilidad de entreplantas reservado para ella en el conjunto edificatorio situado en el polígono industrial de Maskuribai en Amurrio en el que se encuentra el pabellón n.º NUM001 propiedad do Laboral Kutxa, y en cuyo interior se ha construido, sin consentimiento de la demandante, una entreplanta de 194,91 metros cuadrados. Y se condene de forma solidaria a los demandados a derribar la entreplanta de 194,93 metros cuadrados construida en el pabellón emplazado en el polígono industrial de Maskuribai n.º NUM001 y una vez realizado el derribo, y previa acreditación del mismo, a comunicar al Ayuntamiento de Amurrio la efectividad del derribo con el objeto de que el Ayuntamiento restituya en sus registros los derechos de edificabilidad a favor de la demandante.

6.- La sentencia de primera instancia desestima la demanda argumentando que Construcciones Izoria pretendió reservar el exceso de edificabilidad, si bien con tal reserva no constituyó una finca independiente ni dio lugar la apertura de un nuevo folio registral, por lo que no constituyó su derecho de forma separada del de la propiedad sobre el suelo, por lo que nada puede reclamar frente a los demandados, para quienes la reserva no pasa de ser una mera mención. No consta mala fe de Laboral Kutxa al adquirir el pabellón n.º NUM001 libre de cargas, de Sistemas de Televisión, y concertar el leasing con Laboral Kutxa, ni tampoco de Medialan Group 2.009 S.L al legalizar la obra tras ser ejecutada, siendo de aplicación el art. 34 y 38 LH .

7.- Construcciones Izoria recurrió en apelación la sentencia alegando que no se ha interpretado de forma correcta la certificación registral aportada como documento n.º 2 de la demanda donde consta la reserva de edificabilidad a favor de Izoria. Imposibilidad de realizar la entreplanta construida atendiendo a la constitución del conjunto edificatorio.

Vulneración de los art. 1 y 38 Ley Hipotecaria . Alega también la teoría del enriquecimiento injusto.

Asimismo niega que su derecho sea equiparable a un derecho de vuelo, y considera que al no haberse entablado demanda de nulidad o cancelación de su derecho inscrito, este debe prevalecer frente a los demandados, que no están amparados por el art. 34 LH . Lo que determina que la arrendataria demandada no podía ejecutar las obras para la construcción de la entreplanta en la finca n.º NUM002 , pues este derecho no fue adquirido por la compradora.



8.- Correspondió conocer del recurso a la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 18 de mayo de 2015 por la que estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia, y, por ende, estimó la demanda.

9.- La sentencia de la audiencia hace un ordenado y sistemático análisis del recurso y comienza por precisar los conceptos de inscripción y mención registral.

Entiende que hay mención registral cuando se hace referencia a la carga, gravamen, o derecho real inmobiliario meramente relacionados en el título que se inscribe o anota, o cuando se cita la carga o limitación constituida en el pasado, pero no cuando en el mismo título se constituyan tales cargas, gravámenes o derechos reales, que es el caso, pues la reserva de edificabilidad a favor de Construcciones Izoria se constituye en el mismo título que es objeto de inscripción, en la escritura pública ante el notario D. Antonio Martínez Lozano el 18 de julio de 2008, inscrita en el Registro de la Propiedad.

Concluye que no es preciso que se abra folio registral para hacer constar la reserva, y que la reserva de edificabilidad objeto del proceso se constituyó efectivamente como derecho en el mismo título contenido en la escritura pública de 18 de julio de 2008, que este derecho fue respetado y definido en la escritura de compraventa y declaración de obra nueva que establecía las normas de la comunidad de los pabellones construidos, y que dicha reserva fue después inscrita en el Registro de la Propiedad, previa calificación por la registradora. De forma que no accede al Registro como una mera mención, y así se refleja en la certificación registral aportada a los autos, que hace prueba plena de la existencia y contenido de dicho derecho.

Igualmente considera que la reserva de edificabilidad no es un derecho de vuelo, que los demandados no pidieron autorización alguna a la comunidad de propietarios para construir el entresuelo, que no es aplicable al litigio el art. 34 de la Ley Hipotecaria porque los interesados conocían o debían conocer la existencia de la reserva por su constancia en el Registro de la Propiedad, y que los hechos efectivamente suponen un enriquecimiento sin causa a favor de los demandados y a costa de la demandante, pues a costa de privar al actor de un derecho consolidado e inscrito en el Registro de la Propiedad aquellos han percibido un beneficio económico e incrementado su patrimonio.

10.- La representación procesal de Sistemas de Televisión Audiovisuales S.L. interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3 de la LEC .

El recurso de casación se articula en cuatro motivos:

(i) Motivo primero. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo sobre el principio de especialidad de los derechos reales y la interpretación restrictiva de las limitaciones de derechos de dominio (derecho de edificabilidad).

Son sentencias que reflejan la doctrina del Tribunal Supremo a la que se opone la sentencia recurrida:

- La sentencia 389/2009, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2009 (rec. 1883/2004), dedica su fundamento de derecho segundo a definir los requisitos que debe tener un derecho real de características propios, limitativo de dominio, y que trasciende a quienes, con la compra posterior, van a ser sus nuevos propietarios.

- La sentencia 705/1995, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1995 , dedica su fundamento de derecho séptimo a explicar que toda limitación de la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo.

- La sentencia 1023/2007, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2007 , dedica una parte de su fundamento de derecho tercero a explicar que toda limitación de la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo.

Son artículos infringidos por la sentencia que se recurre: artículo 348 del CC , artículo 9 de la Ley Hipotecaria , artículo 51 del Reglamento Hipotecario y artículo 34 Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio , por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Como se puede apreciar, los citados artículos regulan las características de los derechos que han de hacerse constar en el Registro de la Propiedad, y la necesaria protección del derecho de propiedad.

La sentencia que se recurre vulnera el principio de especialidad de los derechos reales (impone la determinación precisa del contenido y alcance de los derechos), y la doctrina que trata sobre el mismo, puesto en relación con la necesidad de interpretar de manera restrictiva las limitaciones de los derechos de propiedad.

(ii) Motivo segundo. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la mención registral.

Son sentencias que reflejan la doctrina del Tribunal Supremo a la que se opone la sentencia recurrida

La sentencia 1146/2006, de 7 de noviembre de 2006, rec. 917/2000, dedica sus fundamentos de derecho segundo y tercero a definir el concepto de mención registral y sus nulos efectos frente a terceros.

- La sentencia 2052/1963, de 31 de diciembre de 1963, dedica su fundamento de derecho a analizar el concepto de mención registral.

- La sentencia, de 17 de octubre de 1967, dedica su considerando segundo a definir los requisitos que debe tener la inscripción de derecho real para que pueda tener efectos frente a terceros.

Son artículos, infringidos por la sentencia que se recurre: artículos 29, 32 y 98 de la Ley Hipotecaria, artículo 606 del Código Civil, y artículos 1.3 y 77 Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Los citados artículos aseveran que la fe pública registral no se extiende a las meras menciones, así como la obligatoriedad de hacer constar en nota al margen la inscripción del derecho de edificabilidad que nos ocupa.

El Tribunal Supremo considera que el artículo 29 de la LH es terminante al establecer que la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada o especial, y prueba de ello son sentencias como las que hemos relacionado en los párrafos anteriores, donde la sala declara que se considera mera mención aquella que aparece en un título o inscripción relativa a otro objeto, si no consta expresada en nota marginal en el citado asiento, y se muestra como un dato descriptivo.

(iii) Motivo tercero. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la fe pública registral.

Son sentencias que reflejan la doctrina del Tribunal Supremo a la que se opone la sentencia recurrida:

La sentencia 1146/2006, de 7 de noviembre de 2006, dedica sus fundamentos de derecho segundo y tercero a definir el concepto de mención registral y sus nulos efectos frente a terceros.

La sentencia 143/1999, de 23 de febrero de 1999, dedica sus fundamentos de derecho cuarto y quinto a definir los requisitos que debe tener la inscripción de derecho real limitativo de dominio para que pueda tener efectos frente a terceros, entre ellos, que esté anotado en la finca a la que afecta.

Son artículos infringidos por la sentencia que se recurre: artículos 13, 29, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, artículo 606 del CC, y artículos 1.3 y 77 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Tal y como decíamos en el motivo segundo de nuestro recurso de casación, la Ley Hipotecaria exige ciertas condiciones a las inscripciones para que puedan tener efectos frente a terceros. En el presente caso, ni se ha trasladado a la finca de los demandados NUM002 la limitación de su derecho de propiedad en favor de Construcciones Izoria 2000, S.A., ni se ha inscrito en nota al margen, al tratarse de un derecho de edificabilidad.

(iv) Motivo cuarto. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la acción de enriquecimiento injusto.

Son sentencias que reflejan la doctrina del Tribunal Supremo a la que se opone la sentencia recurrida:

La sentencia 859/2011, de 7 de diciembre de 2011, dedica su fundamento de derecho quinto a definir la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto.

La sentencia 1035/2006, de 3 de enero de 2006, dedica su fundamento de derecho primero a definir la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto

La sentencia, 477/2007, de 30 de abril de 2007, dedica su fundamento de derecho segundo a definir la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto.

Es artículo infringido por la sentencia que se recurre: artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo prescribe la obligación de acudir a las acciones reales para defender los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.

Las sentencias del Tribunal Supremo «que acompañamos», sostienen que es pacífica la doctrina acerca de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto. Siempre que el demandante tenga a su alcance otras acciones que ejercitar, debe hacerlo.

En el presente caso, Construcciones Izoria 2.000, S.A. sostiene que es titular de un derecho real, afirmación que estima la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia que se recurre, luego partiendo de dicha premisa,



el Tribunal Supremo exige que la demandante acuda a ejercitar acciones reales tales como la reivindicatoria o posesorias, en cumplimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, unidas a la relativa al 1.902 del Código Civil .

Y dado que en el presente caso Construcciones Izoria 2.000, S.A. ha utilizado la acción de enriquecimiento injusto, y que la Audiencia Provincial de Álava ha estimado dicha acción de enriquecimiento injusto, es evidente que la sentencia que se recurre se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la subsidiariedad de la expresada acción.

11.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación.

12.- La parte recurrida presentó en plazo escrito de oposición al recurso de casación, pero, previamente, alegó su inadmisibilidad por haberse interpuesto fuera de plazo.

Tal alegación ya la había presentado en el trámite de su personación, y en el escrito de oposición al recurso la amplía y precisa.

13.- Las consideraciones de la parte recurrida para fundamentar su petición de inadmisibilidad del recurso son los siguientes:

(i) Se alega en el escrito de oposición, como causa de inadmisión, la interposición del recurso de casación fuera de plazo, por ser una causa de inadmisión absoluta, de conformidad con los criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal adoptados en pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, en el apartado iv. 4.

(ii) Los hechos que la sustentan son los siguientes:

- La sentencia objeto de recurso de casación se dictó por la Audiencia Provincial de Álava el día 18 de mayo de 2015 y se notificó a las partes el día 26 de mayo de 2015.

- Los veinte días para la interposición del recurso de casación vencían el día 23 de junio de 2015, y a término el día 24 de junio de 2015 hasta las 15 horas.

- La recurrente presenta el recurso de casación el día 23 de junio de 2015, sin el preceptivo traslado de copias a los procuradores de las partes personadas.

- El día 25 de junio de 2015 (agotado ya el plazo para la interposición del recurso de casación) la secretaria judicial de la Audiencia Provincial de Álava dicta diligencia de ordenación en la que constata que no se ha realizado el traslado de copias, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la LEC devuelve el escrito y documentos acompañados a la recurrente. Dicha diligencia de ordenación no fue recurrida por Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L., por lo que es firme.

- Con posterioridad (una vez agotado el plazo para la interposición del recurso), la recurrente vuelve a presentar el recurso de casación adjuntando la tasa judicial y justificante del depósito, pero sin realizar nuevamente el traslado de copias a los procuradores de las partes personadas.

- El día 26 de junio de 2015, vuelve otra vez la secretaria judicial de la Audiencia Provincial de Álava a dictar diligencia de ordenación en la que constata nuevamente que se ha vuelto a no realizar el traslado de copias a los procuradores de las partes personadas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la LEC devuelve por segunda vez el escrito y documentos acompañados a la recurrente. Dicha diligencia de ordenación tampoco fue recurrida por Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L, por lo que es firme.

- El mismo día 26 de junio de 2015, tras conocer la recurrente la diligencia de ordenación emitida con esa fecha, vuelve a presentar el recurso de casación pero ahora habiendo realizado el traslado de copias a las partes personadas. Su presentación es extemporánea porque se ha realizado fuera de plazo, ya que el mismo vencía, a término, el día 24 de junio de 2015 a las 15 horas.

- El día 2 de julio de 2015 la secretaria judicial de la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava emite una diligencia de ordenación por la que tiene por interpuesto el recurso de casación al entender, a nuestro juicio erróneamente, que el escrito estaba presentado dentro de plazo, y emplaza a las partes por término de treinta días para comparecer ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

- Contra la citada diligencia de ordenación en virtud de lo dispuesto en el artículo 479.2.3.º párrafo de la LEC no cabía recurso alguno, pero la parte recurrida podía oponerse a la admisión del recurso al comparecer ante el tribunal de casación. Esta parte se opuso a la admisión del recurso por estar interpuesto fuera de plazo en su primera comparecencia ante el Tribunal Supremo por escrito de fecha 7 de septiembre de 2015. Se ha reiterado la citada causa de inadmisión absoluta en escrito de alegaciones de 18 de octubre de 2017 en relación a las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto por providencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 2017.



(iii) En definitiva, el recurso de casación se presenta el día 26 de junio de 2015 cuando el plazo para su interposición precluía, a término, el día 24 de junio de 2015, por lo que su presentación fue extemporánea y no debe ser admitido. La Audiencia Provincial de Álava rechazó y devolvió el escrito de interposición del recurso de casación, por dos veces, por no haberse realizado el traslado de copias a los procuradores de las demás partes personadas. Cuando el 26 de junio de 2015 la recurrente presenta el recurso de casación correctamente el plazo para la interposición del mismo ya había precluido, por lo que no se podía admitir.

(iv) Es criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la omisión del traslado de copias del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es un defecto insubsanable que tiene como consecuencia, prevista legalmente con carácter penalizador, la inadmisión del escrito sin que resulte de aplicación la subsanación a que se refiere con carácter general el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque está referida a los actos defectuosos, pero no a los omitidos.

(v) No presentar el preceptivo traslado de copias no impide que vuelva a presentarse el escrito cumplimentado con el requisito establecido, siempre y cuando se realice en plazo.

En el presente caso no restaba día alguno del plazo concedido cuando la Audiencia Provincial de Álava rechaza y devuelve el recurso de casación por dos veces, por no haberse realizado el preceptivo traslado de copias.

(vi) Tal inadmisión no causa indefensión a la parte recurrente, ni menoscaba su derecho a la tutela judicial efectiva si, conforme a doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, obedece a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan, siendo igualmente doctrina constitucional que el acceso a los recursos extraordinarios es una cuestión de orden público procesal sustraída al poder de disposición de las partes e incluso del propio órgano jurisdiccional.

(vii) Cita numerosas resoluciones del Tribunal Supremo en ese sentido, y como más reciente el auto de fecha 28 de septiembre de 2016, de esta Sala.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso.

1.- Las particularidades del presente caso vienen dadas por la peculiar conducta procesal seguida por la parte recurrente en el trámite de interposición del recurso. La sucesión de acontecimientos desde la notificación de la sentencia de apelación es la siguiente:

- La sentencia se dicta en fecha 18 de mayo de 2015 y se notifica a la parte recurrente el 26 de mayo de 2015. El plazo para la interposición del recurso de casación vence, pues, el día 23 de junio de 2015, de forma que la parte recurrente puede presentar el escrito hasta las 15:00 horas del día 24 de junio.

- La recurrente presenta el escrito de interposición en fecha 23 de junio de 2015, según sello de registro (folio 42 del rollo de apelación). No se acompañaron al escrito de recurso ni el justificante del traslado de copia (no realizado), ni los documentos de autoliquidación de la tasa y constitución del depósito para recurrir.

- El pago del depósito se produce el día 23 de junio de 2015, en tanto que el de la tasa se verifica el día 24 de junio a las 11:17 horas, según acreditan los resguardos que se presentan el mismo día 24 de junio con el escrito correspondiente (folio 120 del rollo de apelación). En este escrito, presentado el día 24, tampoco se realiza el traslado de copia.

- En fecha 25 de junio de 2015 se dicta diligencia de ordenación devolviendo el escrito de interposición, por no haberse efectuado el traslado previo de copias a tenor del art. 277 LEC. Diligencia que se notifica el 29 de junio.

- En fecha 26 de junio de 2015 se dicta diligencia de ordenación devolviendo el escrito acompañado de los resguardos de tasa y depósito, por no haberse efectuado tampoco el traslado previo de copias a tenor del art. 277 LEC. Diligencia que se notifica el 30 de junio.

- En fecha 26 de junio se vuelve a presentar el mismo escrito de interposición del recurso, esta vez verificado el traslado previo de copias en igual fecha (folio 42 del rollo de apelación).

- En fecha 29 de junio se vuelve a presentar el mismo escrito que ya se presentó en fecha 24 de junio acompañando tasa y depósito, esta vez verificado el traslado previo de copias en igual fecha (folio 120 del rollo de apelación).

- Por diligencia de ordenación de 2 de julio de 2015 se tiene por interpuesto el recurso de casación, uniendo el escrito de interposición y los justificantes de pago de tasa y depósito.

2.- Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el significado y alcance de los arts. 276 y 277 LEC, como cita la parte recurrida (auto de 14 de febrero de 2006, rec. 916/2005; 17 de noviembre de 2009, rec. 2081/2006; 3 de mayo de 2011, rec. 247/2013; 11 de marzo de 2015, rc. 245/2014; 6 de abril de 2016,



rec. 274/2015 ; 21 de septiembre de 2016, rec. 274/2015 ; 21 de septiembre de 2016, rec. 55/2016 y 28 de septiembre de 2016, rec. 264/2015, de entre las más recientes), y ha tenido en cuenta el criterio manifestado por el Tribunal Constitucional en la STC 107/2005 de 9 de mayo .

El art. 276. 1 LEC dispone que «[c]uando todas las partes estuviesen representadas por procurador, cada uno de éstos deberá trasladar con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal». El traslado debe efectuarse en la forma establecida en el art. 276. 2 LEC .

La finalidad del precepto, que ha supuesto una novedad introducida por la vigente LEC, pretende, y así lo manifiesta tanto esta sala como el Tribunal Constitucional, agilizar la entrega de las copias de escritos y documentos entre las partes, descargando a los órganos judiciales de estas actuaciones, para lograr mayor celeridad y eficacia en la administración de justicia. La efectividad de la medida exigía, como lo entendió el legislador, una consecuencia anudada a su incumplimiento con la suficiente relevancia como para hacer eficaz la previsión de la norma y, por ello, el artículo 277 LEC establece que, cuando todas las partes estén representadas por procurador «no se admitirá la presentación de escritos y documentos si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas».

3.- La sentencia 587/2010, de 29 de septiembre , extrae una serie de conclusiones de la doctrina mantenida, que sistematiza, y las reitera la sala en los autos dictados sobre la materia hasta el día de hoy:

(i) La omisión del traslado de copias no es subsanable, porque la subsanación que contempla con carácter general el artículo 231 LEC está referida a los actos defectuosos, pero no a los no realizados, de tal modo que podrá corregirse la falta de acreditación o un traslado deficiente pero, en ningún caso, el omitido.

(ii) El rigor de esta carga procesal debe atemperarse cuando es el propio órgano jurisdiccional quien induce, propicia, motiva o coadyuva a la omisión de su cumplimiento, normalmente por haber admitido las copias del escrito o documento para su traslado a través del mismo, pues lo contrario supondría colocar al recurrente en una posición que excede del deber de colaboración con la Administración de Justicia (artículos 118 CE , 11.1 LOPJ y 17 LOPJ), incluso de efectiva indefensión, vulnerándose su derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo impone la doctrina del Tribunal Constitucional y la establecida en instancias supranacionales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 26 de octubre de 2.000, asunto Leoni contra Italia , y STEDH 15 de febrero de 2000, asunto García Manibardo contra España).

(iii) Estos criterios generales deben verse completados con los que emanan de la doctrina constitucional sobre la posibilidad de subsanar los actos procesales que, además de asentarse sobre la distinción entre acto omitido y acto defectuoso, tiene en cuenta una adecuada relación entre el cumplimiento de las formalidades y requisitos procesales y el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre bajo la consideración de que la subsanación no es incompatible con la obligación de cumplir oportunamente los requisitos y presupuestos procesales, y de que no se impone una interpretación favorable al derecho a la tutela judicial que determine la ineficacia de tales requisitos y presupuestos (SSTC 247/91, de 19 de diciembre , 16/92, de 10 de febrero , 41/92, de 30 de marzo , 29/93, de 25 de enero , 19/98, de 27 de enero , y 23/99, de 8 de marzo).

4.- Al decidir la sala sobre supuestos relativos al cumplimiento del requisito, ha tomado en consideración los anteriores parámetros y, por ende, se han conciliado dos principios: (i) la imposibilidad de subsanar el traslado de las copias una vez que se ha producido la preclusión del trámite para la realización del acto procesal de la parte (AATS de 6 de julio de 2004 , rec. 3167/2001, de 20 de enero de 2004 , rec. de queja 1413/2003, y 17 de julio del 2007, rc. 2597/2001), y (ii) no pueden trasladarse a la parte las deficiencias de funcionamiento de la Administración de Justicia (AATS de 22 de enero de 2002 , rec. de queja 2224/2001, y de 9 de abril de 2002, rec. de queja 2362/2001), ambos conformes con lo declarado por el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 107/2005, de 9 de mayo .

5.- En lo que es relevante para el supuesto que se decide, de acuerdo con el criterio sostenido por la STC 107/2005, de 9 de mayo , el plazo de que disponen las partes para la formulación del recurso por determinación legal es un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquellas, pero tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal, en concreto, en este caso, los establecidos en el artículo 276.1 y 2 LEC . Presentado el escrito sin dar cumplimiento al requisito y sin agotar el plazo previsto para su presentación, la diligencia exigible al órgano judicial impone una actuación inmediata de este dirigida a hacer posible la subsanación de la falta dentro del término conferido para la presentación del mismo. Por ello, esta Sala no ha permitido que prosperaran las impugnaciones en aquellos casos en los que la parte efectuó el acto procesal el último día del plazo legalmente previsto para su realización, ya que al órgano judicial no le era posible habilitar un trámite de subsanación que permitiera a la parte cumplir con el requisito dentro del término preceptuado (AATS de 14 de febrero de 2006 , rec. de queja 916/2005, 13 de octubre de 2004, rec. 3019/2001, de 20 de enero de 2009, rec. de queja 2351/2005, y 17 de



noviembre de 2009, rec. 2081/2006), y ha admitido el recurso cuando sí era posible -atendido que no había sido agotado el plazo de presentación- habilitar dicho trámite (ATS de 17 de febrero de 2009, rec. 1488/2006).

6.- Aplicando la doctrina expuesta, han de ponderarse las circunstancias concurrentes en el recurso para decidir si la falta de observancia del requisito acarrea, en este caso, la grave sanción que impone el art. 277 LEC .

El plazo para la interposición del recurso vencía el 23 de junio de 2015, aunque la parte recurrente podía presentar el escrito de interposición hasta las 15 horas del día 24 de junio.

La recurrente presentó el escrito de interposición en fecha 23 de junio de 2015, pero no acompañaba ni el justificante del traslado de copia (no realizado) ni los documentos de autoliquidación de la tasa y constitución del depósito para recurrir (no pagados).

7.- A los efectos de la doctrina de la sala antes mencionada, se ha de dejar constancia de que el acto procesal de interposición del recurso se efectuó el último día del plazo legalmente previsto para su realización, esto es, el día 23 de junio, ya que la previsión contenida en el art. 135 LEC no supone la ampliación del plazo.

La solución dada por este artículo a los problemas prácticos planteados por la interdicción de presentación de los escritos a término en el juzgado de guardia es la posibilidad que concede la norma de presentarlos hasta las 15 horas del día siguiente hábil al de finalización del plazo. Ello no supone la ampliación del plazo legal, sino que su finalidad es dar solución a la falta de coordinación entre el art. 133.1 LEC de 2000 , conforme al cual los plazos expiran a las 24 horas del día de su término, el derecho de las partes a disponer de los plazos en su totalidad (STC 239/2005), y el horario de la oficina judicial a través de un mecanismo de ficción legal, de tal modo que los escritos relativos a actuaciones a término que se presenten antes de las 15 horas del día siguiente al vencimiento del plazo se entenderán entregados dentro del mismo, y ello para salvaguardar el derecho a conservar el plazo hasta las 24 horas del último día del plazo estrictamente legal.

Así lo ha sostenido la sala en la sentencia 740/2011, de 20 de octubre de 2011, rec. 1637/2008 , reiterada por la sentencia 150/2015, de 25 de marzo .

De ahí, que deban tenerse por presentados el último día del vencimiento del plazo tanto el escrito de interposición del recurso -23 de junio- como aquél con el que aportan los resguardos de haber constituido el depósito para recurrir y el abono de la tasa judicial -24 de junio-, en ambos supuestos sin traslado de copias.

8.- Respecto al no traslado de copias de los resguardos acreditativos de la autoliquidación de la tasa y de la constitución del depósito para recurrir, si presentados en plazo, la consecuencia anudada a la omisión no puede ser de tanta relevancia, (arts. 277 LEC) si se atiende a la doctrina de la sala favorable a la subsanación en materia de depósito y tasa judicial (autos de 9 de diciembre y de 2 de noviembre de 2010).

La sentencia 725/2013, de 12 de noviembre, contiene una síntesis de la doctrina jurisprudencial favorable a la subsanabilidad de la omisión, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, en interpretación del párrafo segundo del apartado séptimo de la disposición adicional 15ª de la LOPJ .

9.- Ahora bien, si se atiende a los escritos de interposición del recurso presentados el último día del plazo legalmente previsto, sin traslado de copias, la doctrina de la sala viene manteniendo, según se ha expuesto, la grave sanción que impone el art. 277 LEC .

El auto 650/2011, de 18 de enero, afirma que la posibilidad de subsanación de la omisión del traslado de copias no se da en el supuesto litigioso porque la parte recurrida presentó su escrito el último día del plazo y el efectivo traslado lo verificó ya de forma extemporánea, una vez transcurrido el plazo legalmente previsto.

En idéntico sentido se pronuncia el auto de 21 de septiembre de 2016, rec. 55/2016 , que sostiene que:

«Por ello, no podría subsanarse dicha omisión, al no restar día alguno del plazo concedido, al haberse agotado el mismo y sin que pueda entenderse como un formalismo exacerbado, atendiendo al principio de improrrogabilidad de los plazos establecidos por el legislador (art. 134 LEC) que rige, con carácter general, en nuestro sistema procesal, y que determina que éstos, fuera de los casos de fuerza mayor que impida cumplirlos -apreciada, de oficio o a instancia de la parte que la sufrió, por el Tribunal-, no puedan interrumpirse ni demorarse, produciéndose la preclusión y subsiguiente pérdida de realizar el acto de que se trate una vez transcurran aquéllos, según resulta de lo establecido en el art. 136 LEC . Y sin que ello cause indefensión a la parte recurrente ni menoscabe su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación judicial acerca de que resulta extemporánea la llegada fuera de plazo de un escrito de parte presentado en tiempo pero en otro órgano judicial distinto del competente (SSTC 117/99 , 260/2000 , 41/2001 y 90/2002 ; AATC 134/97 , 80/99 , 137/99 y 182/99) y que no existe vulneración de tal derecho cuando la falta de respuesta en



el fondo se deba a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan (SSTC 112/93 , 364/93 , 158/94 , 262/94 , 18/96 y 137/96), siendo igualmente doctrina constitucional que el acceso a los recursos extraordinarios es una cuestión de orden público procesal sustraída al poder de disposición de las partes e incluso del propio órgano jurisdiccional (SSTC 90/86 , 93/93 y 37/95 entre otras).»

Por tanto, en el supuesto que se enjuicia la falta de subsanación en plazo de la omisión no vino propiciada por el órgano judicial, pues la presentación del escrito de interposición del recurso tuvo lugar, según se ha razonado, el último día del plazo legalmente previsto y exigido; por lo que la parte recurrente carecía ya de plazo para subsanar la omisión, lo que no hizo sino en fecha posterior, fuera ya de plazo para recurrir.

En consecuencia, teniendo en cuenta todo el *iter* procesal de interposición del recurso, se colige precipitación y poca diligencia del recurrente al interponerlo, y no del órgano judicial al proveer cuando lo hizo.

Todo lo expuesto conduce a la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por la parte recurrida.

10.- Se podría objetar si admitido en su día el recurso de casación cabe ofrecer respuesta a la petición que hace la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso. Al respecto ya se pronunciaba la Sala en STS 35/2015, de 4 de febrero de 2015, rec. 3426/2012 , en el siguiente sentido:

«Siguiendo el criterio partidario de su examen preliminar (SSTS 35/2015, de 12 de noviembre de 2014, rec. 117/2013 ; 615/2014, de 19 de noviembre de 2013, rec. 1418/2011 ; 401/2013, de 10 de junio de 2013, rec. 21/2011 ; 743/2012, de 4 de diciembre de 2012, rec. 2104/2009 y 440/2012 de 28 de junio de 2012, rec. 75/2010 , entre las más recientes) esta Sala debe pronunciarse sobre si resulta procedente la admisión definitiva del referido recurso, habida cuenta del carácter provisorio del auto de admisión (STS 627/2014, de 29 de octubre de 2014, rec. 1310/2012 y las que en ella se citan, así como SSTS 699/2010, de 5 de noviembre de 2010, rc. 1898/2006 y 72/2009, de 13 de febrero de 2009, rec. 2/2001) y de que la parte recurrida, haciendo uso de la facultad que les otorga el art. 485 LEC , ha formulado oposición aduciendo causa de inadmisibilidad no previamente rechazada por este Tribunal, cuya efectiva concurrencia abocaría, en esta fase de decisión, a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión (entre otras, SSTS 1196/2008, de 18 de diciembre de 2008, rec. 2445/2003 ; 127/2009, de 5 de marzo de 2009, rec. 484/2004 ; 309/2010, de 26 de mayo de 2010, rec. 1210/2005 y 199/2011, de 31 de marzo de 2011, rec. 321/2007).

»En consecuencia, estando en fase de decisión, el recurso viene abocado a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión (STS de 26 de junio de 2015, Re. 2694/2013).».

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto por los arts. 394.1 y 398.1 LEC , se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1 .º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Sistemas de Televisión Audiovisuales, S.L., contra la sentencia dictada con fecha 18 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 119/15 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 123/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Amurrio.

2 .º- Confirmar la sentencia recurrid, declarando su firmeza.

3 .º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.