

Roj: **STS 979/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:979**Id Cendoj: **28079110012016100138**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/03/2016**Nº de Recurso: **268/2014**Nº de Resolución: **148/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BU 991/2013,**
STS 979/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, el 13 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación 62/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 60/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Biviesca.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Micaela y don Marino, representados por la procuradora doña Paula Bonafuente Escalada.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en la AVENIDA000 nº NUM000 de Belorado, representada por la procuradora doña Cayetana de Zulueta Luchsinger.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña Natividad Santo-Tomás Zotes, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la calle AVENIDA000, nº NUM000 de Belorado, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Carlos Daniel, doña Micaela y don Marino, suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito, con los documentos acompañados y sus copias, se sirva admitirlos, tener por interpuesta Demanda de Juicio Ordinario sobre Acción Reivindicatoria de Dominio y, subsidiaria Acción de Constitución o Establecimiento de Servidumbre Imprescindible para la Creación de Servicios Comunes de Interés General (Ascensor a Cota Cero, con eliminación de Barreras Arquitectónicas) por D. David, en nombre de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO NUM000 DE LA AVENIDA000 DE BELORADO, contra D. Carlos Daniel, su esposa D. Florinda, D. Micaela y su esposo, D. Marino que serán emplazados en el domicilio que consta en el encabezamiento, al objeto de que comparezcan si a su derecho conviniere y, previos los trámites legales oportunos, se dicte Sentencia por la que:

A.- Se declare que mi mandante, la Comunidad de Propietarios constituida sobre el edificio nº NUM000 de la AVENIDA000 de Belorado (Burgos), es la única propietaria del espacio situado por debajo del peldaño de la escalera y la meseta del portal de acceso al edificio; así como del suelo comprendido por debajo de tales espacios, situados en la Planta Baja del edificio nº NUM000 de la AVENIDA000 de Belorado, que se describe



en el HECHO QUINTO de la Demanda, y que se señala (rayado con líneas azules) en el Plano elaborado por el Arquitecto Técnico, D. Modesto , acompañado como documento nº 10 de la Demanda.

B.- Se declare que los demandados, no tienen derecho ni título que les habilite para ser dueños de dicho espacio, ni para ostentar el dominio sobre porción alguna del mismo, y por consiguiente, que es titularidad exclusiva de la Comunidad de Propietarios actora.

C.- Que se condene a los demandados a que restituyan en la posesión y aprovechamiento de dicho espacio a mi mandante, dejando dicho hueco libre y a su completa disposición, absteniéndose de realizar en el futuro cualquier acto que impida el acceso de mi mandante al espacio de su propiedad.

D.- Subsidiariamente, y para el único supuesto de que no fueran estimadas las anteriores pretensiones, se constituya una servidumbre, en los términos previstos en los artículos 9.1, letra c ; y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal , tan amplia como fuere preciso para la finalidad pretendida del establecimiento del servicio de ascensor a cota cero, con arquitectónicas que dificultan el acceso o movilidad de personas con minusvalía; y se declare el derecho de la Comunidad a ocupar el espacio situado por debajo del peldaño de la escalera y la meseta del portal de acceso al edificio; así como del suelo comprendido por debajo de tales espacios, situados en la Planta Baja del edificio nº NUM000 de la AVENIDA000 de Belorado, que se describe en el HECHO QUINTO de la Demanda, y que se señala (rayado con líneas azules) en el Plano elaborado por el Arquitecto Técnico, D. Modesto , acompañado como documento nº 10 de la Demanda; fijando la indemnización correspondiente a favor de los demandados.

Condenando a los demandados, a estar y pasar por dicha declaración, y a permitir en dicho espacio y suelo el establecimiento de dicha servidumbre.

E.- Todo ello, con expresa imposición de las costas a la parte demandada, si por la misma se formulara oposición.»

2.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 15 de febrero de 2012, se acordó dar traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora doña María Luisa Velasco Vicario, en nombre y representación de don Carlos Daniel y su esposa doña Florinda , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado

«SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito junto con sus documentos y copias, lo admita y en su virtud tenga por contestada la demanda en nombre de mis mandantes D. Carlos Daniel y su esposa Doña Florinda , y tras los trámites oportunos se dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario con expresa condena en costas a la parte demandante, con todo lo demás que proceda por ser de Justicia que pido en Burgos, a 20 de Marzo del 2012.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Briviesca dictó sentencia el 21 de noviembre de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la Calle AVENIDA000 , nº NUM000 de Belorado contra doña Florinda y don Carlos Daniel y contra doña Micaela y don Marino y absuelvo a estos últimos, los demandados, de todas las pretensiones deducidas en su contra.

Las costas devengadas en el presente proceso se impondrán a la parte actora.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 nº NUM000 de Belorado, correspondiendo su resolución a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, que dictó sentencia el 13 de diciembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la Calle AVENIDA000 , nº NUM000 de Belorado contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Briviesca en Juicio Ordinario nº 60/2012 procede su revocación parcial y, en consecuencia, se estima parcialmente la demanda y se declara el derecho de la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la AVENIDA000 de Belorado a ocupar el espacio situado por debajo del peldaño de la escalera y meseta del portal de acceso al edificio en la forma que determine el perito judicial don Carlos María en su informe, sin que proceda fijar indemnización a favor de los demandados al quedar compensada la cesión del semisótano con las ventajas que comporta la nueva configuración del local como resultado de aplicar la solución propuesta por el perito judicial. No se hace expresa imposición de las costas procesales en ninguna de las instancias.»



TERCERO.- Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de doña Micaela y su esposo don Marino , con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal:

Motivo Primero. Este motivo se articula al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC , y se alega la infracción de los artículos 216 , 218 y 456.1 LEC .

Motivo Segundo. Este motivo se articula al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la LEC y se alega la infracción del artículo 24CE

Motivo tercero. Se articula al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC . En él se reitera la infracción del artículo 24 CE

Recurso de casación:

Motivo único. Se alega la infracción de los artículos 3a) y 9.1 c)LPH en relación con los artículos 348 , 530 y 551 CC y con el artículo 33 CE y la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.- La Sala dictó Auto el 4 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de doña Micaela y don Marino contra la sentencia dictada, con fecha 13 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) en el rollo de apelación nº 62/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 60/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Briviesca.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en la AVENIDA000 nº NUM000 de Belorado manifestó su oposición a los recursos interpuestos de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 10 de febrero de 2016 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que continuación se exponen:

1.- Se presentó demanda por la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 NUM000 de Belorado, en la que se ejercitaba acción reivindicatoria contra los demandados respecto de un semisótano o bajo, destinado a almacén de zapatería, del negocio que éstos explotan en el local sito en planta baja.

2.- El citado semisótano se encuentra situado debajo de la meseta del portal de acceso al edificio y peldaño de la escalera de la Comunidad actora, fundando ésta su acción en el carácter de elemento común del edificio del semisótano en cuestión, y en ser poseído por los demandados.

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no fuera estimada la acción reivindicatoria, postula que «se constituya servidumbre, en los términos previstos en el artículo 9.1, letra c) y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal tan amplia como fuere preciso para la finalidad pretendida del establecimiento del servicio de ascensor a cota cero, con eliminación de las actuales barreras arquitectónicas que dificultan el acceso o movilidad de personas con minusvalía y se declarase el derecho de la CCPP a ocupar el espacio situado por debajo del peldaño de la escalera y la meseta del portal de acceso al edificio, así como del suelo comprendido por debajo de tales espacios, situados en la planta baja del Edificio número NUM000 de la AVENIDA000 que se describe en el Hecho Quinto de la demanda y que se señala (rayado con líneas azules) en el Plano elaborado por el Arquitecto técnico don Modesto acompañado como documento número 10 de la demanda, fijando la indemnización correspondiente a favor de los demandados...».

4.- Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia, en grado de apelación, no estimaron la acción reivindicatoria ejercitada con carácter principal, quedando reducido el debate en el presente recurso a la deducida subsidiariamente sobre constitución de servidumbre.

5.- Para decidir sobre esta última acción se aportó con la demanda informe pericial de don Modesto . La parte demandada aportó con su escrito de contestación a ella informe pericial de don Pablo . Finalmente informó como perito designado judicialmente don Carlos María .



6.- La sentencia de primera instancia, tras valorar los informes periciales citados, sin despreñar ninguno, pero otorgando relevancia al emitido por el perito designado judicialmente, alcanza como conclusión: (i) que existen alternativas para salvar las barreras arquitectónicas (peldaños para acceder a la meseta del portal), que no hacen imprescindible privar al local de los demandados del espacio litigioso; (ii) que tal espacio ofrece un servicio de almacenaje para el negocio de zapatería que se desarrolla en el mismo, que es imprescindible y, en consecuencia, la afectación provocaría que el predio sirviente quede privado de utilidad o se desnaturalice; (iii) que, por tanto, no concurre la inexcusabilidad de la ocupación del espacio privativo para crear una servidumbre forzosa a fin de instalar en él un ascensor; (iv) corolario de lo expuesto es la desestimación de la demanda.

7.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la Comunidad actora, correspondiendo su conocimiento a la Sección número 3 de la Audiencia Provincial de Burgos, que dictó sentencia el 13 de diciembre de 2013 por la que estimaba parcialmente el recurso de apelación y declaraba el derecho de la Comunidad «a ocupar el espacio situado por debajo del peldaño de la escalera y meseta del portal de acceso al edificio en la forma que determina el perito judicial don Carlos María en su informe, sin que proceda a fijar indemnización a favor de los demandados al quedar compensada la cesión del semisótano con las ventajas que comporta la nueva configuración del local como resultado de aplicar la solución propuesta por el perito judicial».

8.- La sentencia de apelación, a instancias de la recurrente, y como el Juzgado de Primera Instancia en Auto aclaratorio hubiese justificado por qué no se pronunciaba sobre qué espacio se habría de ocupar para instalar un ascensor que salvase las barreras arquitectónicas, consideró que le asistía la razón y que esa cuestión habría quedado imprejuizada, pues, partiendo del suplico de la demanda, «[...]... la constitución de una servidumbre...tan amplia como fuese posible...», así como de los términos tan amplios en que fue planteado el debate y la profusa prueba practicada en el acto del juicio, obligaba a la juzgadora a pronunciarse expresamente sobre cuál de las resoluciones barajadas (ocupación total, plataforma elevadora o reducción de la anchura del portal) planteadas por el perito de la parte demandada y por el propio perito judicial eran las más adecuadas para garantizar los ajustes razonables de accesibilidad. En consecuencia, por razones de congruencia habría de recaer pronunciamiento sobre tal extremo.

9.- Al decidir sobre la cuestión que había quedado imprejuizada, la sentencia recurrida, tras una exposición legal y jurisprudencial sobre ella (SSTS de 20 julio de 2012 y 17 de octubre de 2013), alcanza la conclusión de que el problema se ha de resolver a partir de la ponderación de los bienes jurídicos que se ven afectados. De un lado el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad, y de otro el de la Comunidad de Propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantice la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble.

10.- Tal ponderación la aborda valorando las pruebas periciales practicadas. Rechaza la colocación de una plataforma elevadora en el lateral de la escalera exterior de acceso, que ocuparía una superficie dependiendo del modelo elegido y ubicada bajo la escalera, porque, aunque sea la que tiene una incidencia mínima sobre el local, sin embargo tiene el inconveniente de que la cabina o plataforma ha de instalarse en la calle expuesta a las inclemencias del tiempo y posibles actos vandálicos.

Acepta, por el contrario, como razonable y conciliadora de los intereses de las partes, la de reducir o estrechar la anchura del portal, añadiendo el espacio al local, que compensaría el espacio de sótano del que se le priva.

11.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación procesal de doña Micaela y don Marino recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos que más adelante se enunciarán, recayendo Auto de la Sala de 4 de noviembre 2014 por el que se admitían ambos y, tras el oportuno traslado, fueron impugnados por la parte recurrida.

Recursos Extraordinarios por Infracción Procesal.

SEGUNDO.- Motivo Primero. Enunciación.

Este motivo se articula al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, y se alega la infracción de los artículos 216, 218 y 456.1 LEC.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es incongruente y contraria al principio de justicia rogada, al estimar la acción subsidiaria de servidumbre para eliminación de barreras arquitectónicas en unos términos no solicitados por la demandante, ya que ella siempre pretendió la ocupación total del semisótano, sin contemplar otra alternativa. Con ello, sigue argumentando, le ha imposibilitado ejercer los medios de defensa que ofrece el ordenamiento a todas las partes en litigio, ocasionándole una absoluta indefensión.

TERCERO.- Decisión de la Sala.



1.- En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 de mayo 2012 (núm 294,2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (14 de abril de 2011 ROJ 2898, 2011).

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -*petitum* - o pretensión solicitada, (STS de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte (STS de 4 de octubre de 1993). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de *iura novit curia* , se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010)

Ello sentado, con un carácter más general recordar que la congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con la adopción de un punto de vista jurídico distinto, de acuerdo con el tradicional aforismo «*iura novit curia*» (el juez conoce el derecho) - con tal que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión -, como establece el artículo 218, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre, de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional.

Así se recordaba lo declarado en la sentencia de 25 junio 2015, Rc. 2868/2013 .

2.- A partir de la anterior doctrina no cabe estimar el motivo del recurso por el que se denuncia incongruencia «*extra petita*» e indefensión.

Asiste razón a la sentencia del Tribunal de apelación cuando razona que la pretensión que se postula es la prevista en el artículo 9.1, letra c de la LPH , «tan amplia como fuere preciso».

Cuestión distinta, a pesar de los esfuerzos de la parte recurrente en convencer de lo contrario, es que la actora contemple sólo una solución para que se salven las barreras arquitectónicas; lo que no empece que se puedan contemplar otras menos restrictivas al derecho de propiedad si la finalidad principal y legal no se imposibilita, naturalmente, como con acierto recoge la sentencia recurrida, siempre que se planteen en el debate y se posibilite la práctica de pruebas sobre ellas.

Así ha tenido lugar en el presente procedimiento, hasta el punto que es la propia parte recurrente quien, en su contestación a la demanda, aporta informe pericial para ilustrar al Tribunal sobre posiciones menos gravosas que la propuesta por la actora e incluso instó para que el perito judicial se pronunciase sobre tal extremo.

No tendría sentido que, siendo la causa de pedir la supresión de barreras arquitectónicas, el Tribunal no pudiese salirse del estrecho cauce de la solución pretendida por la parte actora, sin poder abordar, sin obviar la causa de pedir, otras opciones que han sido objeto de debate y sobre las que se ha practicado una profusa prueba pericial. Se ha de admitir flexibilidad, salvo indefensión que aquí ni se vislumbra, siempre, como se ha recogido que «se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta entre lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte».

CUARTO. - *Motivo Segundo. Enunciación*



Este motivo se articula al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la LEC y se alega la infracción del artículo 24CE, producida a consecuencia de la infracción del principio de justicia rogada y de congruencia, pues, al pronunciarse sobre una petición no solicitada, se incurre en error en la valoración de la prueba por basarse en la de naturaleza pericial, cuyo fin no era informar sobre cuál opción era la más conveniente para que fuera acogida por el órgano judicial a fin de eliminar las barreras arquitectónicas sino simplemente dar a conocer la existencia de otras alternativas a la propuesta.

Añade que el requerimiento que hizo de que los peritos se pronunciarán sobre si había opciones menos gravosas que la pretendida de contrario (ocupación total del semisótano) en ningún caso fue con el fin de que se pronunciara el juzgado sobre la más adecuada sino para acreditar que existían opciones menos perjudiciales para el predio sirviente, sin que quepa determinar a partir de éstas cual es la servidumbre más conveniente.

A continuación discrepa sobre la valoración que se hace en la sentencia recurrida al considerar que la opción de reducir el portal y ampliar el local sea la solución más beneficiosa para ellos.

QUINTO.- *Decisión de la Sala*

1.- El primer alegato del motivo coincide con la infracción denunciada en el primero y que ya ha tenido respuesta. La parte recurrente insiste en que las periciales sólo son útiles para convencer al Tribunal de que existen soluciones menos gravosas para los comuneros demandados que la interesada por la comunidad actora para salvar las barreras arquitectónicas, pero no para fijar soluciones alternativas que persigan el mismo fin. Ello se traduce en la denuncia de una incongruencia «*extra pepita*», que ya ha sido desestimada.

2.- Por tanto el motivo se reduce, en esencia, a la denuncia del error en la valoración de la prueba respecto de las periciales practicadas.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, no es posible someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Sólo puede controlarse en el recurso extraordinario por infracción procesal el error patente («de hecho notorio»), la arbitrariedad y la irracionalidad, por conculcarse las más elementales reglas de la lógica, en la valoración judicial de dicha prueba.

3.- Aplicando tal doctrina al supuesto enjuiciado no se aprecia ni el error patente, ni la arbitrariedad, pues el Tribunal menciona y valora los informes periciales en aquellos extremos que considera relevantes para la ponderación de los intereses en colisión, y lo hace de modo razonable y lógico en cuanto a la fijación de los hechos. Cuestión diferente será la relativa a las valoraciones jurídicas de los hechos declarados probados, pues cuando se trata de impugnar éstas, como sería el caso, no resulta adecuado para ello el recurso extraordinario por infracción procesal. La sentencia de 3 marzo de 2014 remite al recurso de casación la controversia que viene referida a la valoración jurídica de los hechos probados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- *Motivo tercero. Enunciación.*

Se articula al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC. En él se reitera la infracción del artículo 24 CE, en relación con la tutela judicial efectiva y la proscripción de la indefensión, insistiendo, en esencia, en los mismos argumentos desarrollados en los anteriores motivos. Es por ello que la decisión ha de ser la ya adoptada y, por ende, la desestimación del motivo.

Recurso de casación

SÉPTIMO.- *Motivo único. Enunciación y planteamiento.*

Se alega la infracción de los artículos 3a) y 9.1 c) LPH en relación con los artículos 348, 530 y 551 CC y con el artículo 33 CE y la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando como opuestas a la sentencia recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 20 julio 2012, 10 octubre 2011 y 17 octubre 2013, relativas a la constitución de servidumbre por la instalación de un ascensor en el edificio, siendo preciso la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa.

En el desarrollo argumental del motivo alega la parte recurrente, en síntesis, que la sentencia recurrida infringe los preceptos y la doctrina jurisprudencial citada pues no ha quedado acreditado que la opción de servidumbre elegida, consistente en el estrechamiento del portal, sea imprescindible, ya que la propia sentencia recurrida reconoce que se desprende de las pruebas practicadas que son posibles otras opciones, como la colocación de una plataforma elevadora en el lateral de la escalera exterior, alternativa ésta que, además de ser la opción

menos invasiva como reconocieron todos los peritos, es la única que elimina completamente las barreras arquitectónicas al no tener que instalar escaleras en los trasteros y en los contadores de electricidad.

Se añade que el portal tiene un ancho de 3,15 metros, estando acreditado por todos los peritos que es viable técnicamente una plataforma tanto dentro como fuera, por lo que no puede decirse que la servidumbre escogida sea imprescindible. Además la alternativa escogida en la sentencia recurrida contempla la ocupación completa del semisótano, destinado a almacén; lo que provocaría su pérdida de utilidad o su desnaturalización, haciendo inviable económicamente el local y el negocio de zapatería.

No se puede imponer la ocupación completa de un almacén de 20 m² a cambio de 10 m² de superficie de más al local comercial.

OCTAVO. - *Decisión de la Sala.*

1. - La doctrina de la Sala sobre el supuesto enjuiciado aparece declarada en las sentencias que cita tanto la sentencia recurrida como la parte recurrente en la enunciación y desarrollo argumental del motivo del recurso.

Tal doctrina, en síntesis, es la siguiente:

(i) Constituye un hecho incuestionable la posibilidad de actualizar las edificaciones de uso predominantemente residencial mediante la incorporación de nuevos servicios e instalaciones para hacer efectiva la accesibilidad y movilidad de los inquilinos.

(ii) Lo que se cuestiona es si esa necesidad, en este caso de instalación de ascensor, que tienen los propietarios de viviendas, es un derecho de la Comunidad sin limitaciones, por el que, existiendo el quórum legal exigido, se pueda obligar a un copropietario a ceder parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

(iii) La respuesta es afirmativa, pero con matices. Se ha de dar a partir de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar el ascensor, teniendo en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo respecto a que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento. Esto es, se trata de apreciar si la afección va más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 CC, y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que concibe una desaparición de la posibilidad del aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3a) de la Ley (STS de 15 diciembre 2010).

(iv) La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurriría el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 22 diciembre de 2010).

2.- Precisamente en atención a esta última consideración es por lo que ambas sentencias de la instancia rechazan la solución postulada en su demanda por la Comunidad actora, ya que supone privar a la parte demandada del semisótano destinado a almacén de su negocio, con la consiguiente pérdida de funcionalidad del local, mermando sustancialmente su aprovechamiento.

3.- Consecuencia de no asumir tal solución es que la sentencia recurrida, partiendo de la ponderación de los bienes jurídicos que se encuentran afectados, se vea obligada a optar entre la instalación de una plataforma o cabina salvaescaleras, y la reducción de la anchura del portal, para que el espacio que se segrega de éste se anexe al local comercial y así vea compensada la privación del semisótano, necesario para la instalación del ascensor.

4.- El Tribunal de apelación reconoce que la solución menos gravosa, y con una incidencia mínima sobre el local, es la consistente en una plataforma elevadora en el lateral de la escalera exterior de acceso a la meseta del portal, que dependiendo del modelo ocuparía más o menos espacio e iría ubicada bajo la escalera.

Sin embargo, la desecha por considerar que tiene el inconveniente de que su instalación sería en la calle o sin protección desde ésta, con lo que estaría expuesta a las inclemencias del tiempo y posibles actos vandálicos.

5.- La ponderación que hace la sentencia recurrida es razonable y lógica: (i) la instalación de la plataforma elevadora salvaescaleras es la menos gravosa, por cuanto no afecta a la funcionalidad del local comercial, al no mermar sustancialmente su aprovechamiento; (ii) al tenerse que instalar en el exterior de la escalera de acceso a la meseta del portal, y de cara a la calle, sin protección alguna respecto de ésta, no cabe duda, por la climatología del lugar, que le afectaría las inclemencias meteorológicas y, como máxima de experiencia, que sería susceptible de actos vandálicos.



6.- La solución pasa, pues, por indagar, de la pericial practicada, si puede soslayarse ese peligro con una solución menos gravosa e invasiva que la de reducir el portal, agregar lo reducido al local comercial y compensar así a éste por la pérdida del semisótano.

Y la respuesta es la inexistencia de prueba concluyente e inequívoca en ese sentido, al no quedar fijada con precisión, como para desvirtuar el criterio del Tribunal de apelación, la solución arquitectónica del retranqueo del portal. De admitirse esta tesis asumiríamos una solución sin contraste detallado de sus consecuencias.

El motivo debe desestimarse.

NOVENO. - En los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer a la parte recurrente las costas de los recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

1.º Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por interpuestos por doña Micaela y don Marino , representados por la procuradora doña Paula Bonafuente Escalada, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, el 13 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación 62/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 60/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Biviesca.

2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza

3.º Imponer a la parte recurrente las costas de los recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller .- Eduardo Baena Ruiz.-Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.