



Roj: **STSJ CAT 428/2019 - ECLI:ES:Tsjcat:2019:428**

Id Cendoj: **08019310012019100013**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **162/2018**

Nº de Resolución: **4/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2250/2018,**
STSJ CAT 428/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 162/2018

SENTÈNCIA NÚM. 4

President:

Il Im. Sr. José Francisco Valls Gombau

Magistrats:

Il Ima. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Il Im. Sr. Jordi Seguí Puntas

Barcelona, 24 de gener de 2019

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'indiquen més amunt, ha vist el recurs de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 162/2018 contra la Sentència dictada en el 826/2016 procediment ordinari - Secció Civil 19a de l'Audiència Provincial Barcelona, com a conseqüència del procediment ordinari 680/2015 del Jutjat de Primera Instància 27 de Barcelona. El Sr. Carlos Alberto ha interposat recurs de cassació i extraordinari per infracció processal, representat per la procuradora SUSANA PEREZ D'OLAGUER SALA i defensat per l'advocat FRANCISCO JAVIER GUIRAO CARTAGENA. La COMUNITAT DE PROPIETARIS DE L'AV. DIRECCION000, NUM001, DE BARCELONA, part contra la qual es recorre en aquest procediment, ha estat representada pel procurador Sr. CARLES BADIA MARTINEZ i defensada per l'advocat PERE ANTON MIRALBELL GUERIN.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. El procurador dels tribunals Sr. CARLOS BADÍA MARTÍNEZ va actuar en representació de la COMUNITAT DE PROPIETARIS DE L'AV. DIRECCION000, NUM001, DE BARCELONA i va formular la demanda de 680/2015 procediment ordinari - Jutjat de Primera Instància 27 de Barcelona. Un cop seguida la tramitació legal, el Jutjat indicat va dictar la Sentència amb data 12 de juliol de 2016, la part dispositiva de la qual diu el següent:

" Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Badia Martinez en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la Avenida DIRECCION000 número NUM001 de Barcelona, Debo Absolver



y Absuelvo a D. Carlos Alberto de la demanda contra el mismo formulada, con imposición a la actora de las costas procesales ".

SEGON . Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar un recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 19a de l' Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar la Sentència en data 22 de març de 2018 , amb la part dispositiva següent:

" Que ESTIMANDO el recurso de apelación planteado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA DIRECCION000 NÚM. NUM001 DE BARCELONA contra la sentencia de 12 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona , en los autos de juicio ordinario nº 680/2015, de los que el presente Rollo dimana debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la indicada resolución, estimando la demanda interpuesta por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA DIRECCION000 NÚM. NUM001 DE BARCELONA frente a DON Carlos Alberto , por cuanto le condenamos a cesar en el uso y actividad turística de su vivienda 7º 2ª de la Avinguda DIRECCION000 núm. NUM001 de Barcelona, sin imponer a parte alguna las costas causadas en ambas instancias ".

TERCER . Contra aquesta Sentència, la representació processal de Carlos Alberto va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal. Per mitjà de la interlocutòria de data 15 d'octubre de 2018, aquest Tribunal es va declarar competent, va admetre a tràmit els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats i els va traslladar a la part objecte del recurs perquè formalitzés l'oposició per escrit dins el termini de vint dies.

QUART . Per mitjà d'una provisió de data 26 de novembre de 2018 es va tenir per formulada l'oposició al recurs de cassació i, de conformitat amb l' article 485 de la Llei d'enjudiciament civil, es va assenyalar data per a la votació i decisió, que han tingut lloc el dia 10 de gener de 2019.

N'ha estat ponent la magistrada M^a Eugènia Alegret Burgués.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Antecedents

1. A finals de l'any 2015 la Comunitat de Propietaris de l'Av. DIRECCION000 , NUM001 , de Barcelona interposa, enfront del propietari del pis NUM002 . NUM003 de la finca, el Sr. Carlos Alberto , una demanda de judici ordinari en exercici de l'acció de cessació de l'activitat d'ús turístic del seu habitatge, prevista en l' article 553-40 del CCCat , atès que aquesta activitat estava prohibida de forma expressa pels estatuts comunitaris i perquè era contrària a la convivència normal de la comunitat.

Seguit el plet amb l'oposició de la part demandada, en data 12 de juliol de 2016 es dicta Sentència en primera instància, per la qual es desestima la demanda. La part actora hi recorre en apel·lació i la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona dicta una Sentència per la qual acull el recurs d'apel·lació i estima la demanda íntegrament, excepte pel que fa a les costes processals.

2. En aquesta Sentència es recull el següent:

1) La Comunitat de propietaris actora tenia convocada des del dia 24 de desembre de 2013 una junta de propietaris extraordinària per al dia 8 de gener de 2014, en la qual s'havia de debatre la prohibició de destinar els habitatges de la finca a usos turístics.

2) El que aleshores era el nu propietari del pis NUM002 . NUM003 , l'usdefruit del qual corresponia a la seva mare incapacitada, Sr. Carlos José , el 3.01.2014 va comunicar a l'Ajuntament de Barcelona la seva intenció de destinar el pis a arrendament de tipus turístic, va manifestar que complia tots els requisits i va pagar les taxes corresponents.

3) El Sr. Carlos José no tenia cap intenció de donar aquesta destinació a la finca, però va presentar la comunicació per intentar esquivar la prohibició que es veia a venir que era, com a mínim, probable en la junta convocada per a 5 dies després, actuació que la sala d'apel·lació qualifica de mala fe i no emparable, ja que la seva intenció real era vendre el pis a un tercer, el demandat en aquestes actuacions, el qual va adquirir el pis quan la comunitat ja havia prohibit l'activitat i havia inscrit en el Registre de la Propietat la prohibició i, per tant, " con la suficiente publicidad para que no pueda ser considerado como tercero de buena fe ", de manera que l'activitat es va iniciar pràcticament un any després que la comunitat la prohibís en la junta de 8 de gener de 2014.

4. Enfront d'aquesta Sentència el demandat interposa un recurs extraordinari per infracció processal, que articula en tres motius, i un recurs de cassació, que es formula en uns altres dos.



La Sala va admetre els dos recursos mitjançant una interlocutòria de 15 d'octubre de 2018 i la part objecte de recurs es va oposar a la seva admissió en l'escrit de contestació al recurs.

5. No podem compartir els obstacles formals que oposa la defensa de la part objecte de recurs ja que, sens perjudici que en els tres motius del recurs extraordinari per infracció processal es denunciï en puritat el mateix, és a dir, la infracció del principi de congruència i de preclusió, sigui des de la perspectiva de la vulneració de les normes que els regulen a la LEC, d'interrelació evident, o des de la perspectiva del dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 del CE (article 469.2, 3 i 4) -raó per la qual la Sala els resolrà de manera unitària-, el fet cert és que la qüestió es planteja amb la suficient claredat, per la qual cosa no hi ha cap indefensió per a la part objecte de recurs, que ha oposat el que ha considerat oportú en contestar per motius de fons al recurs deduït.

6. En relació amb el recurs de cassació, els motius d'inadmissibilitat seran examinats en analitzar aquest recurs.

Recurs extraordinari per infracció processal

SEGON. *Plantejament. Principi dispositiu i congruència*

1. A l'empara dels articles 469.1 núm. 2, 3 i 4 de la LEC, en els tres motius del recurs extraordinari per infracció processal es diu que la Sentència dictada per l'Audiència contravé el principi dispositiu, de preclusió d'al·legacions i, en definitiva, el principi de congruència establert en l'article 218 de la Llei d'enjudiciament civil, amb infracció de l'article 24 de la CE i indefensió del demandat.

Com a base argumental de les infraccions denunciades s'al·lega que l'acció exercitada es va fonamentar en l'article 553-40 del CCCat -acció de cessació d'activitats il·lícites-, en la redacció vigent quan van ocórrer els fets, partint del fet que l'activitat d'ús turístic desenvolupada en el pis de la seva propietat estava prohibida pels Estatuts i afectava la convivència.

El recurrent entén que la Sala no podia entrar en la bona o mala fe del propietari anterior quan va comunicar a l'Ajuntament la seva voluntat d'iniciar l'activitat d'ús turístic, ja que això no "forma parte de la causa de pedir" ni és el fonament de l'acció de cessació.

2. Per resoldre adequadament la qüestió plantejada s'han de realitzar una sèrie de consideracions prèvies.

Els principis dispositiu i d'aportació de part són bàsics en el nostre procés judicial civil quan es tracta de matèries disponibles de dret privat i constitueixen el fonament de la congruència.

En sentit estricte, la congruència es predica de la sentència que posa fi al procés en relació amb la posició que hi hagin adoptat les parts.

A aquest efecte, l'article 218, paràgraf primer, de la LEC 1/2000 disposa, després d'exigir que les sentències siguin clares i precises, **que siguin "congruents amb les demandes i amb la resta de pretensions de les parts, deduïdes oportunament en el plet.** Han de fer les declaracions que aquelles exigeixin, que condemnin o absolguin el demandat i han de decidir tots els punts litigiosos que hagin estat objecte del debat. El tribunal, sense apartar-se de la raó petitòria acudint a fonaments de fet o de dret diferents dels que les parts hagin volgut fer valer, ha d'emetre resolució d'acord amb les normes aplicables al cas, encara que no hagin estat esmentades o al·legades encertadament pels litigants."

3. La jurisprudència del Tribunal Suprem (TS) ha sostingut que la congruència suposa la correlació adequada entre les pretensions de les parts i la decisió de la sentència.

En termes generals, la jurisprudència del TS (per totes, STS, Sala 1a, de 22.12.2009) parla de la congruència en termes negatius.

4. Estima que hi ha incongruència, com a vici intern de la sentència, quan es concedeix més del que ha demanat l'actor o menys del que ha acceptat el demandat; quan no es resol sobre alguna de les pretensions deduïdes oportunament en el procés; quan s'aprecien excepcions no oposades per la part demandada, excepte quan es puguin estimar d'ofici, o, finalment, quan el tribunal alteri la *causa petendi* (raó petitòria) com a fonament jurídic de les peticions deduïdes en el procés, de manera que genera la consegüent indefensió per a l'altra part.

El judici sobre congruència de la resolució judicial necessita, per tant, la confrontació entre la seva part dispositiva, integrada també amb la motivació que determina la decisió, i l'objecte del procés, delimitat, al seu torn, pels elements subjectius, les parts, i pels elements objectius, la raó petitòria, entesa com el fet o conjunt de fets que produeixen efectes jurídics i resulten essencials per a l'èxit de les pretensions sol·licitades, i el mateix *petitum* o pretensió sol·licitada.



5. La congruència s'ha de donar, com s'ha dit, entre les pretensions i al legacions deduïdes oportunament per les parts, fet que suposa que en el procediment judicial hi hagi un període limitat per fer al legacions, transcorregut el qual, no es poden introduir nous fets ni pretensions en el litigi, tret de les excepcions que s'hi preveuen expressament (article 286 i 752 de la LEC).

Aquest principi es coneix com a principi de preclusió i està regulat en l' article 136 de la LEC , el qual es relaciona amb els articles 400 , 401 i 412 de la LEC , que regulen: el primer, la preclusió de l'al legació de fets i fonaments jurídics; el segon, el moment preclusiu de l'acumulació d'accions i l'ampliació objectiva i subjectiva de la demanda, i el tercer, la prohibició del canvi de demanda i modificacions admissibles.

6. Tradicionalment la jurisprudència del TS ha reconegut tres tipus d'incongruència en les sentències.

La incongruència omissiva o per defecte, que té lloc quan la decisió omet qualsevol pronunciament sobre alguna pretensió introduïda oportunament en el debat. Encara que es pot entendre, amb una part de la doctrina, que la incongruència omissiva és falta d'exhaustivitat de la sentència.

La incongruència *ultra petitem* o per excés, que es produeix quan la sentència concedeix més del que s'ha demanat quantitativament o es reconeixen més drets dels que s'han sollicitat.

Incongruència *extra petitem* o fora del que s'ha demanat, que es produeix, segons una doctrina constant del TS, quan la sentència resol sobre pretensions que no han estat oportunament deduïdes per les parts o bé perquè resol per causes diferents de les adduïdes o al legades per les parts. Per *causa diferent* cal entendre la *causa petendi* i per *causapetendi* hem d'entendre l'element que permet identificar l'acció, és a dir, el conjunt de fets essencials per aconseguir la conseqüència jurídica pretesa per la part actora (STS de 7 de novembre de 2007, RC núm. 5781/2000). La qualificació jurídica al legada per les parts també pot ser rellevant per distingir una acció d'una altra quan la qualificació comporta la delimitació del pressupòsit de fet d'una o altra norma amb diferents requisits o efectes jurídics (STS de 16 de desembre de 1995, RC núm. 1544/1999). Per això la jurisprudència al ludeix a vegades al títol jurídic com a element identificador de l'acció, sempre que serveixi de base al dret reclamat (sentències del TS de 30 de desembre de 2010 , núm. 1232/2007 , i 21 d'octubre de 2011 , núm. 734/2008).

7. En relació amb el principi *iura novit curia* , també podria generar incongruència en la mesura que la facultat que té el tribunal per cercar el dret aplicable a la solució del cas hagués comportat una alteració dels fets fonamentals, raó petitòria, en què les parts van basar les seves pretensions i hagués concedit el que s'havia demanat per un títol jurídic diferent, i no es produeix si el que es fa és aplicar una norma jurídica diferent de la invocada.

TERCER. *Resolució del recurs extraordinari per infracció processal. Inexistència d'incongruència*

1. Un cop exposat tot el que s'ha dit, és clar que el recurs extraordinari s'ha de desestimar.

2. El tribunal estima l'acció de cessació perquè quan el Sr. Carlos Alberto va adquirir el pis NUM002 . NUM003 la prohibició de destinar a usos turístics els habitatges de la comunitat de propietaris que conforma l'immoble ja havia estat acordada per la Comunitat, que va modificar els Estatuts, i constava inscrita en el Registre de la Propietat.

3. És cert que la Sentència afirma que el transmissor de la finca a l'avui recurrent havia comunicat a l'Ajuntament la seva voluntat de fer l'activitat, sense cap intenció d'iniciar-la (ja que volia vendre l'immoble a l'avui demandat) i per defugir la probable prohibició de la comunitat de propietaris, i va qualificar de fraudulenta i de mala fe aquesta conducta, però és cert que també constitueix *ratio decidendi* de la Sentència, com s'ha posat de relleu en els antecedents d'aquesta resolució, dels fets de la qual hem de partir atès que resten incòlumes en cassació, que la prohibició existia, estava inscrita en el Registre de la Propietat i era coneguda pel demandat quan va adquirir l'immoble el mes de juliol de 2014.

Per tant, no hi ha incongruència de cap mena en la Sentència que acull l'acció de cessació exercitada per una de les raons invocades en la demanda, concretament en els fets cinquè i desè.

4. L'actuació del propietari anterior del pis en obtenir l' *assabentat* de l'Ajuntament per a l'activitat va formar part des del primer moment de les al legacions de la part actora, ja que en el fet desè de la demanda, sota el títol " *oponibilidad de la prohibición estatutaria al demandado no siendo óbice para ello la autorización administrativa de la actividad turística* ", escrivia: " *Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, es de todos sabido que actualmente el régimen de licencias administrativas es el régimen de comunicación previa en la que la administración, tras la presentación por el interesado de la documentación pertinente, se limita a darse por "assabentada", de tal manera que, no fue sino inmediatamente después de que a finales de 2013 se convocara la Junta con el ánimo de ser celebrada el día 8 de enero del 2014, que en el interín, -en concreto el 3 de enero de 2014-, el entonces nudo propietario de dicha vivienda, don Carlos José procedió rápidamente a*



presentar ante el Ayuntamiento tal comunicación que la adversa llama licencia pero que no lo es, sino que es simplemente la comunicación previa de apertura de actividad para vivienda de uso turístico, según modelo normalizado denominado "Anexo III.3", por lo que, aunque formalmente dicha comunicación previa sea anterior en apenas cinco días a la celebración de la Junta es posterior a su convocatoria y se practicó sabiéndose del inminente orden del día y del contenido de la propuesta de estatutos complementarios que ratificaban el régimen de prohibición, lo que abunda todavía aún más si cabe en la oponibilidad del acuerdo al haberse hecho fraudulentamente la comunicación previa justamente para intentar eludirla y evitar su aplicación.

Es más: la actividad como tal, esto es, el destino o uso de la vivienda 7º 2ª como apartamento o actividad comercial turística, no se produjo sino hasta tiempo después de la adaptación de dicho acuerdo, en concreto hasta prácticamente un año después, -a principios del 2015-, por lo que la adaptación del acuerdo es anterior a la actividad y por tanto afecta y es oponible plenamente al demandado. Téngase en cuenta en este sentido que la anterior titular del derecho de uso sobre la vivienda NUM002 NUM003 era doña Lorena, como usufructuaria vitalicia del mismo, estando incapacitada judicialmente, nunca ejerció como empresaria o autónoma la actividad turística sobre la vivienda de la que era usufructuaria, y no podía válidamente en derecho vender, transmitir, extinguir, cancelar ni de ningún otro modo disponer de su derecho real de usufructo a favor de ningún tercero, ni siquiera con el consentimiento de su tutor, por cuanto precisaba a tal efecto de la correspondiente autorización judicial, la cual no se obtuvo sino hasta el 23 de Mayo de 2014 por medio de resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Barcelona en los autos de jurisdicción voluntaria 2190/2013-1ª; por lo que la cancelación o disposición de ese usufructo a cambio cuando menos de los 38.273,24€ y por consiguiente la venta y consiguiente transmisión del inmueble no se pudo perfeccionar ni consumir válida y eficazmente sino cuando menos hasta después de mayo de 2014, esto es, cuando ya estaban inscritos los Estatutos desde en el Registro de la Propiedad (inscripción 2ª de 27 de Marzo), por lo que el demandado los conocía o, con la mínima diligencia, podía conocer perfectamente y le vinculaban plenamente".

5. Aquestes al legacions, així com les contràries afirmades per la part demanda sobre la mala fe de la comunitat actora com a coneixedora de la intenció de destinar el pis a ús turístic abans de la convocatòria de la Junta per prohibir-la, formaven part del procés: la raó petitòria no va ser alterada en l'audiència prèvia i a més van ser objecte de prova en les actuacions.

6. Si la conducta del propietari anterior podia o no ser qualificada de mala fe o constitutiva d'un abús de dret o si podia o no afectar el nou propietari en les seves expectatives sobre la destinació de l'immoble quan va signar el contracte d'arres no són qüestions que s'hagin de valorar en el recurs extraordinari per infracció processal, sinó, si escau, en el de cassació si el dret substantiu no hagués estat correctament aplicat.

7. El que sembla clar és que no hi ha cap alteració dels termes del debat per part de la Sentència de segona instància ni, per tant, indefensió per a la part recurrent, la qual, segons l'escrit d'oposició al recurs d'apel·lació, malgrat el cúmul d'al legacions realitzades en la contestació a la demanda, va fonamentar la seva oposició bàsicament en el fet: a) que la concessió de l'autorització administrativa donada al propietari anterior autoritzava el seu drethavent per exercir la mateixa activitat i b) que no hi havia alteració de la convivència ni perjudici per a l'immoble.

És per tot això que el recurs extraordinari per infracció processal ha de decaure.

Recurs de cassació

QUART. *Primer motiu del recurs de cassació. Desestimació*

1. En l'escrit d'oposició al recurs la part objecte de recurs al lega que el primer motiu del recurs de cassació s'ha de desestimar -les causes d'inadmissió ara serien de desestimació-, atès que no es donen els requisits exigits per la llei i la doctrina legal per entendre que es dona l'interès cassacional invocat.

2. En aquest motiu la part recurrent cita com a preceptes infringits l'article 553-47 del CCCat, en relació amb l'article 553-40 del mateix cos legal (en la redacció que fa referència als fets), així com la jurisprudència d'aquesta Sala exposada en les sentències núm. 33 i 37 de 19 de maig de 2016, que fixen la doctrina que els habitatges d'ús turístic *per se* i en abstracte no comporten una activitat prohibida per la llei ni incompatible amb la normal convivència en la comunitat i que les prohibicions estatutàries d'aquesta activitat no poden tenir efectes retroactius.

3. D'acord amb el que ha reiterat aquesta Sala, atès que la cassació persegueix una funció nomofilàctica (la unificació de la interpretació del dret, en aquest cas català) i que la tutela judicial efectiva se satisfà amb les dues instàncies ordinàries, l'admissió del recurs de cassació per interès cassacional requereix inexcusablement una determinació precisa del nucli jurídic controvertit en relació amb la infracció legal concreta que es considera comesa.



4. A aquest efecte, seguint el contingut dels acords no jurisdiccionals d'aquest tribunal de 22 de març de 2012 i 4 de juliol de 2013 i els del Ple no jurisdiccional del Tribunal Suprem de 27 de gener de 2017, cal subratllar el següent:

1 / L'interès cassacional fa referència necessàriament a una qüestió jurídica d'índole substantiva, per la qual cosa en el seu plantejament cal partir dels fets declarats provats en la Sentència objecte de recurs, la qual cosa implica (i) que no es pot pretendre una revisió dels fets provats ni una nova valoració probatòria i (ii) que no es pot fonamentar implícitament ni explícitament en fets diferents dels declarats provats en la sentència objecte de recurs, ni en l'omissió total o parcial dels fets que l'Audiència Provincial consideri acreditats (petició de principi o fer supòsit de la qüestió).

2 / La descripció de l'interès cassacional concret requereix la precisió, sintètica però suficient, del o dels concrets pronunciaments de la sentència d'apel·lació que es combaten, l'exposició de la *ratio decidendi* d'aquests pronunciaments i en quina mesura aquells i aquesta constitueixen una vulneració dels preceptes legals esmentats com a infringits.

3 / Més concretament, en cas que l'interès cassacional se sustentés en la contradicció de la sentència d'apel·lació amb la doctrina jurisprudencial (article 3.a de la Llei 4/2012), cal esmentar dues o més sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o del Tribunal de Cassació de Catalunya, i que es raoni com, quan i en quin sentit la sentència objecte de recurs ha vulnerat o desconegut la jurisprudència que s'hi estableix, i cal que hi hagi una identitat de raó entre les qüestions resoltes per les sentències esmentades i el cas objecte del recurs.

5. En conseqüència, el recurs no pot ser admès, entre altres supòsits, si l'oposició a la jurisprudència invocada o pretesa no té conseqüències per a la decisió del litigi, atesa la *ratio decidendi* de la Sentència objecte de recurs; si el criteri aplicable per resoldre el problema plantejat depèn únicament o substancialment de les circumstàncies fàctiques de cada cas, o si l'aplicació de la jurisprudència invocada o pretesa només pot portar a una modificació de la decisió mitjançant l'omissió total o parcial dels fets que l'Audiència Provincial consideri provats.

6. Doncs bé, un cop exposat això, la Sentència d'aquesta Sala núm. 37 de 19 de maig de 2016 tracta -certament- de si la destinació per a ús turístic d'un habitatge situat en un immoble sotmès a les disposicions sobre propietat horitzontal constitueix *per se* o en abstracte una activitat prohibida per la llei o incòmoda per a la comunitat, però no conté cap pronunciament sobre el supòsit que els estatuts comunitaris l'haguessin prohibit i la Sentència de segona instància, en el FJ 5è *in fine* , estima no provat que l'activitat hagi alterat la normal convivència veïnal.

En conseqüència, la STJC 37/2016 no tracta un supòsit igual ni anàleg a aquest i el recurs tampoc combat la *ratio decidendi*, ja que la demanda s'ha estimat perquè la sala d'apel·lació entén que la prohibició continguda en els Estatuts afectava el propietari que va adquirir la finca amb la prohibició inscrita en el Registre de la Propietat, tenint en compte, a més, la mala fe amb què hauria estat obtinguda l'autorització administrativa pel propietari anterior de l'habitatge.

7. La STJC núm. 33 de la mateixa data, sí que afronta el problema de la modificació dels estatuts per prohibir l'ús turístic dels pisos, i fixa la tesi que: " A Catalunya, a diferència del règim regulador de l'LPH de 21-7-1960, la modificació dels estatuts no requereix l'acord unànim dels membres de la comunitat, sinó només de les quatre cinques parts, incloses les limitacions en l'ús dels elements privatis, segons resulta amb tota claredat del que disposa l' article 553-25.2, en relació amb l' article 553-11 del CCCat " .

S'hi remarca que no era pertinent en aquests casos la previsió de l'article 553-25.4 en la seva redacció primitiva, de conformitat amb el qual "els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament", atès que interpretar-ho d'aquesta manera deixaria buida de contingut la possibilitat de modificar els Estatuts amb el règim dels 4/5.

La doctrina seria, per tant, que l'acord que limiti les activitats que es poden fer en els elements privatis, adoptat per la comunitat amb el quòrum dels 4/5 previst en l' article 553-25. 2 del CCCat (actualment article 553-26.2) és vàlid i inscripció en el Registre de la Propietat.

8. La mateixa tesi sosté la STSJC 74/2018, de 13 de setembre, posterior a la formulació d'aquest recurs de cassació, per la qual cosa actualment ja hi ha una doctrina legal (article 3. a de la Llei 4/2012, de 5 de març) pel que fa a la validesa dels acords d'aquest tipus adoptats amb el quòrum de majoria qualificada, tesi que estaria reforçada pel canvi legislatiu produït després de la promulgació de la Llei 5/2015, de 13 de maig, de conformitat amb la qual el consentiment exprés dels afectats només és exigible ex article 553-25.4 quan els acords privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi dels elements comuns .



9. És cert que en la STSJC núm. 33/2016 avançàvem, en un raonament *obiter dicta*, ja que pròpiament no era matèria del recurs de cassació, que la modificació dels estatuts per prohibir l'ús o el destí turístic dels elements privatis no podia tenir caràcter retroactiu.

Així, en aquesta Sentència vam dir que era una qüestió diferent que el canvi de destí i les limitacions d'ús acordades legalment per la comunitat fossin oposables amb efectes retroactiu a aquells que van adquirir els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació en el Registre de la Propietat ja que ho impedia l' article 553-11.3 del CCCat (tant en la redacció referent als fets que ens ocupen com en l'actual) i perquè vulnera el principi de seguretat jurídica establert en l' article 9.3 de la CE .

I hi afegíem que això era "Això sens perjudici, lògicament, que l'acord, un cop inscrit, sigui eficaç i oposable als futurs tercers adquirents o, fins i tot, que pugui ser-ho en el moment en què es produeixi el cessament de l'activitat prohibida posteriorment ".

10. En conseqüència, la Sentència objecte de recurs no vulnera la doctrina exposada en les sentències de contrast que s'esmenten, atès que en aquell moment no hi havia una doctrina legal sobre els efectes del canvi d'ús per als propietaris dissidents.

11. En la Sentència 74/2018, de 13 de setembre, reitem, ja com a *ratio decidendi*, que la restricció sobre l'ús o destí dels elements privatis fos oposable amb efectes retroactius a aquells copropietaris que van adquirir els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació en el Registre o el que és el mateix l'eficàcia d'una restricció adoptada *ex post*, és a dir, després de l'adquisició del titular, quan no hagués consentit que es limiti l'ús del seu element privatiu oposant-se a l'acord per suposar una vulneració de l'article article 553-11. 3 del CCCat, que diu literalment "les normes dels estatuts són oposables a terceres persones des que s'inscriuen en el Registre de la Propietat".

No obstant això, vam advertir novament que l'acord de modificació dels Estatuts un cop inscrit, seria eficaç i oposable als futurs tercers adquirents, a més, lògicament, de ser-ho als actuals que no s'hi haguessin oposat.

12. Cap de les dues sentències (la 33/2016 i la 74/2018) es va pronunciar sobre un supòsit com aquest, és a dir, en el cas que l'activitat estigués autoritzada administrativament (tot i que no s'hagués posat en pràctica) poc abans de la modificació dels estatuts de la comunitat per prohibir-la i l'habitatge fos adquirit per un tercer quan existia la prohibició i estava inscrita en el Registre de la Propietat, raó per la qual el segon motiu del recurs de cassació en què sota la mateixa infracció legal s'allega la falta de doctrina sobre aquesta qüestió és admissible.

CINQUÈ. *Segon motiu del recurs de cassació. Oposabilitat de la prohibició de l'ús turístic dels habitatges a l'adquirent que compra un cop inscrita la restricció en el Registre de la Propietat. Desestimació del recurs*

1. El recurrent sosté que com que no existeix l'obligació legal d'iniciar l'activitat de forma immediata, l'autorització administrativa concedida al propietari anterior per a destí turístic de l'habitatge hauria d'avaluar també la seva activitat, perquè quan es va obtenir el títol habilitador no hi havia cap prohibició d'aquell ús en les normes comunitàries.

Aquesta tesi no pot ser acollida.

2. L'autorització administrativa per a l'inici o la continuació de l'activitat no constitueix cap tipus de dret real que segueixi l'habitatge en la seva transmissió, sinó que és la limitació específica d'uns determinats usos degudament inscrita en el Registre la que té abast real, inherent a la propietat que s'adquireix i que exclou altres usos possibles (RDGRN de 27 de juny de 2018).

3. Independentment del criteri que l'Ajuntament de Barcelona va sostenir des del punt de vista del dret administratiu, el fet cert és que segons l' article 553-11.3 del CCCat, i els articles 1.8 i 221 de l'LH, la modificació dels Estatuts degudament inscrita en el Registre de la Propietat afecta els tercers que van adquirir les finques amb aquesta restricció, ja que no constava que aquest habitatge estigués exempt de la prohibició.

4. Ho explica amb claredat la Resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de 6 de febrer de 2017, la tesi de la qual compartim, que distingeix entre expectativa i dret adquirit:

*"Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de este uso contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada por la mayoría del 80 % o más acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y se verán privados del uso que las normas limitan o prohíben. Dicho de otra manera, los propietarios disidentes podrán seguir usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron **mientras sean propietarios**. Incluso podrán modificar el*

elemento privativo para destinarlo al uso que los estatutos ahora prohíben pero cuando adquirieron el inmueble no. Ahora bien, cuando transmitan el inmueble, los adquirentes, que tendrán conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o, si es el caso, tendrán que cesar en este uso.".

5. En conseqüència, per molt que l'Administració hagi concedit al nou adquirent autorització per seguir amb l'activitat perquè considerava que els requisits exigits havien de concórrer només en el moment en què es va autoritzar l'activitat per primer cop, decisió que no és vinculant per a aquest Tribunal (per totes, STS, Sala 1r, núm. 887/2007, de 17 de juliol), el fet cert és que, de conformitat amb la normativa civil i hipotecària, el nou adquirent coneixia la limitació de l'ús acordada per la comunitat que ja constava inscrita en el moment de l'adquisició, per la qual cosa la restricció li era oposable.

6. Noteu que fins i tot des del punt de vista administratiu l' article 68 del Decret 159/2012, en el punt 4, exigeix si es produeix una transmissió de l'habitatge una nova comunicació d'acord amb el procediment previst en l'apartat 1r, és a dir, requereix la mateixa notificació prèvia d'inici de l'activitat davant l'Ajuntament competent subscripta pel nou propietari i per la persona física o jurídica gestora a qui el propietari hagi encomanat la gestió de l'habitatge de què es tracti, i el consistori ha de donar l'autorització pertinent al nou propietari.

7. D'aquesta manera, encara que s'adquireixi un habitatge habilitat com a pis turístic amb l'autorització administrativa pertinent concedida al titular anterior, si la comunitat ha canviat els estatuts, hi ha prohibit a partir d'aleshores el destí turístic dels pisos i ha inscrit la limitació en el Registre de la Propietat, sense exempció permanent per a algun dels pisos, el nou adquirent no podrà exercir aquesta activitat, i l'haurà d'aturar si així li ho demana la comunitat, de conformitat amb el que disposa l' article 553-11.3 i l' article 553-40.1 i 2 del CCCat en la redacció vigent quan van ocórrer els fets.

8. L' article 545-1 CCCat estableix que "les restriccions al dret de propietat són les que estableixen les lleis, en interès públic o privat, o les que estableix l'autonomia de la voluntat en interès privat" i l' article 545-3 del CCCat estableix, en el punt 1, que "les restriccions en interès privat afecten la disponibilitat i l'exercici del dret, constitueixen límits ordinaris del dret de propietat en benefici dels veïns i es regeixen pel que estableix aquest codi" i en el punt 2, que "les restriccions que resulten de [...] l'existència de situacions de comunitat tenen la consideració de restriccions en interès privat".

D'aquesta manera, la situació de comunitat especial que constitueix la propietat horitzontal té la consideració de límit ordinari del dret de la propietat i és una restricció d'interès privat tal com s'infereix dels articles 553-9, 553-10, 553-37.1, 553-39 i 553-40.

9. Com indiquem en la STSJ 74/2018, els estatuts de la comunitat constitueixen un conjunt de regles plasmades per escrit i amb força de llei establertes de comú acord pels copropietaris d'un edifici subjecte al règim de propietat horitzontal per completar i desenvolupar la seva ordenació legal.

De conformitat amb la normativa catalana (article 553-11), els estatuts regulen els aspectes referents al règim jurídic real de la comunitat, i poden contenir regles sobre la destinació, l'ús i l'aprofitament dels béns privatis i dels béns comuns; limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatis; exercici dels drets i el compliment de les obligacions o, entre d'altres, l'aplicació de despeses i ingressos i la distribució de càrregues i beneficis.

Els estatuts tenen caràcter convencional però una vegada acordats es converteixen en normes que no poden ser modificades sinó és per l'acord dels propietaris amb les majories que requereix la llei.

El Tribunal Constitucional, en les sentències 301/1993, de 21 d'octubre, i 28/1999, de 8 de març, va estimar que en el règim de propietat horitzontal la necessitat de compaginar els drets i interessos concurrents d'una pluralitat de propietaris i ocupants dels pisos justificava la fixació, legal o estatutària, de restriccions específiques o límits als drets d'ús i gaudi dels immobles per part dels seus titulars respectius, sense que això pogués afectar l' article 33 de la CE.

10. És per tot això que el recurs s'ha de desestimar atès que l'Audiència Provincial ha respectat els articles 553-11.3 i 553-40 del CCCat, i això sense necessitat d'examinar la bona o mala fe del propietari anterior quan va fer la comunicació administrativa, afirmació, d'altra banda, que tampoc és combatuda en el recurs de cassació, en què no s'ha denunciat com a infringit l' article 111-7 del CCCat, atès que el que és rellevant és que quan el demandat va adquirir la finca la prohibició estatutària ja estava en vigor i la restricció tenia la publicitat oportuna.

SISÈ. Costes i dipòsits constituïts

Tot i que el recurs hagi estat íntegrament desestimat i, atès que no hi havia pronunciament del tribunal sobre la qüestió debatuda, podien haver-hi dubtes de dret, la qual cosa implica la no imposició de les costes del recurs de cassació (article 394 i 398 de la LEC). Les costes del recurs extraordinari per infracció processal s'han d'imposar a la part recurrent, la qual podrà perdre els dipòsits constituïts.

**DECISIÓN****LA SALA CIVIL I PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DECIDEIX:**

DESESTIMAR els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació interposats per la representació processal del Sr. Carlos Alberto contra la Sentència de data 22 de març de 2018 dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlló d'apel·lació núm. 826/16, la qual es confirma íntegrament. Amb imposició expressa de les coses causades pel recurs extraordinari per infracció processal i sense necessitat d'imposar les causades en el recurs de cassació i amb pèrdua dels dipòsits constituïts.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades i, juntament amb un testimoniatge, remeteu el rotlle i les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència Provincial.

Així, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ. Avui han signat i publicat aquesta Sentència els magistrats d'aquesta Sala que l'han dictat. En dono fe.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal**Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 162/2018****SENTENCIA NÚM. 4**

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Barcelona, 24 de enero de 2019

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 162/2018 contra la sentencia dictada en el 826/2016 Procedimiento ordinario - Sección Civil 19 Audiencia Provincial Barcelona como consecuencia del procedimiento 680/2015 Procedimiento ordinario - Juzgado Primera Instancia 27 Barcelona. El Sr. Carlos Alberto ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, representado por el/la Procurador/a SUSANA PEREZ DE OLAGUER SALA y defendido por el/la Letrado/a FRANCISCO JAVIER GUIRAO CARTAGENA. La COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVDA. DIRECCION000 NUM001 DE BARCELONA, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por el Procurador Sr. CARLES BADIA MARTINEZ y defendida por el/la Letrado/a PERE ANTON MIRALBELL GUERIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Procurador de los Tribunales Sr/a. CARLOS BADÍA MARTÍNEZ, actuó en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA DIRECCION000 NUM001 DE BARCELONA formulando demanda de 680/2015 Procedimiento ordinario - Juzgado Primera Instancia 27 Barcelona . Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2016, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Badia Martinez en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la Avenida DIRECCION000 número NUM001 de Barcelona, Debo Absolver y Absuelvo a D. Carlos Alberto de la demanda contra el mismo formulada, con imposición a la actora de las costas procesales".

SEGUNDO .- Contra esta Sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 22 de marzo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO el recurso de apelación planteado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA DIRECCION000 NÚM. NUM001 DE BARCELONA contra la *sentencia de 12 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona*, en los autos de juicio ordinario nº 680/2015, de los que el presente Rollo dimana debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la indicada resolución, estimando la demanda interpuesta por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA DIRECCION000 NÚM. NUM001 DE BARCELONA frente a DON Carlos Alberto, por cuanto le condenamos a cesar en el uso y actividad turística



de su vivienda 7º 2ª de la Avinguda DIRECCION000 núm. NUM001 de Barcelona, sin imponer a parte alguna las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO .- Contra esta Sentencia, la representación procesal de Carlos Alberto interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por Auto de fecha 15 de octubre de 2018, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO .- Por providencia de fecha 26 de noviembre de 2018 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 10 de enero de 2019.

Ha sido ponente el/la Magistrado/a Doña Mª Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes

1. A finales del año 2015 la Comunidad de propietarios de la Avda. DIRECCION000 NUM001 de Barcelona interpone frente al propietario del piso NUM002 . NUM003 de la finca, el Sr. Carlos Alberto , demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de cesación de la actividad de uso turístico de su vivienda prevista en el art. 553-40 del CCCat , por hallarse dicha actividad prohibida en forma expresa por los Estatutos comunitarios y ser contraria a la convivencia normal de la comunidad.

Seguido el pleito con oposición de la parte demandada en fecha 12 de julio de 2016 recae sentencia en primera instancia por la que se desestima la demanda. Recurrida en apelación por la parte actora, la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia por la que acogiendo el recurso de apelación estima la demanda íntegramente, salvo en lo relativo a las costas procesales.

2. En dicha sentencia se recoge lo siguiente:

1) La Comunidad de propietarios actora tenía convocada desde el día 24 de diciembre de 2013 una junta de propietarios extraordinaria para el día 8 de enero de 2014 en la cual iba a debatirse la prohibición de destinar las viviendas de la finca a usos turísticos.

2) El que entonces era nudo propietario del piso NUM002 . NUM003 correspondiendo el usufructo a su madre incapacitada, Sr. Carlos José comunicó el día 3-1-2014 al Ayuntamiento de Barcelona su intención de destinar el piso a arrendamiento de tipo turístico, manifestando cumplir con todos los requisitos y abonando las tasas correspondientes.

3) El Sr. Carlos José no tenía intención alguna de darle ese destino a la finca realizando la comunicación para intentar sortear la prohibición que se aventuraba cuanto menos probable en la junta convocada para 5 días después, actuación que la Sala de apelación califica de mala fe y no amparable ya que su intención real era vender el piso a un tercero, el demandado en estos autos, el cual adquirió el piso cuando la comunidad ya había prohibido la actividad e inscrito en el Registro de la Propiedad tal prohibición y por tanto "con la suficiente publicidad para que no pueda ser considerado como tercero de buena fe" iniciándose la actividad prácticamente después de un año de haberse prohibido por la comunidad en la junta de 8 de enero de 2014.

4. Frente a esta Sentencia el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos y recurso de casación que se formula en otros dos.

La Sala admitió ambos recursos mediante auto de 15 de octubre de 2018 oponiéndose la parte recurrida a su admisión en el escrito de contestación al recurso.

5. No podemos compartir los óbices formales que opone la defensa de la parte recurrida ya que sin perjuicio de que en los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncie en puridad lo mismo, esto es, la infracción del principio de congruencia y de preclusión, sea desde la perspectiva de la vulneración de las normas que los regulan en la Lec, de evidente interrelación, o desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE (art. 469.2 y 3 y 4) - razón por la que serán resueltos por la Sala en forma unitaria- lo cierto es que la cuestión se plantea con la suficiente claridad por lo que no existe indefensión alguna para la parte recurrida que ha opuesto lo que ha considerado oportuno al contestar por motivos de fondo al recurso deducido.

6. En relación con el recurso de casación, los motivos de inadmisibilidad serán examinados al analizar dicho recurso.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Planteamiento. Principio dispositivo y congruencia

1. Al amparo de los artículos 469.1 n° 2, 3 y 4 de la Lec, se dice en los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal que la sentencia dictada por la Audiencia contraviene el principio dispositivo, de preclusión de alegaciones y, en definitiva, el principio de congruencia establecido en el art. 218 de la LEC, con infracción del art. 24 de la CE e indefensión del demandado.

Como base argumental de las infracciones denunciadas se alega que la acción ejercitada se fundamentó en el art. 553-40 del CCCat en la redacción vigente cuando ocurrieron los hechos -acción de cesación de actividades ilícitas- en base a que la actividad de uso turístico desarrollada en el piso de su propiedad se hallaba prohibida por los Estatutos y afectaba a la convivencia.

Entiende el recurrente que la Sala no podía entrar en la buena o mala fe del anterior propietario al comunicar al Ayuntamiento su voluntad de iniciar la actividad de uso turístico por cuanto ello no "forma parte de la causa de pedir" ni es el fundamento de la acción de cesación.

2. Para resolver adecuadamente la cuestión planteada deben ser realizadas una serie de consideraciones previas.

Los principios dispositivo y de aportación de parte son básicos en nuestro proceso judicial civil cuando se trata de materias disponibles de derecho privado y constituyen el fundamento de la congruencia.

En sentido estricto la congruencia se predica de la sentencia que pone fin al proceso en relación con la posición que en el mismo hayan adoptado las partes.

Al efecto dispone el artículo 218 párrafo primero de la Lec 1/2000, después de exigir que las sentencias sean claras y precisas, **que sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito.** Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. *El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.*

3. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha venido sosteniendo que la congruencia supone la debida correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia.

En términos generales la jurisprudencia del TS (por todas STS, Sala 1ª de 22-12-2009) habla de la congruencia en términos negativos.

4. Estima que existe incongruencia, como vicio interno de la sentencia, cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; cuando se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio; o, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la *causa petendi* (causa de pedir) como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva integrada también con la motivación que determina el fallo y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos, 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.

5. La congruencia debe darse, como se ha dicho, entre las pretensiones y alegaciones oportunamente deducidas por las partes, lo que supone que en el procedimiento judicial existe un periodo limitado para realizar alegaciones, transcurrido el cual, no pueden introducirse nuevos hechos ni pretensiones en la *litis*, salvo las excepciones previstas expresamente en ella (art. 286 y 752 de la Lec).

Este principio se conoce como principio de preclusión y viene regulado en el art. 136 de la Lec el cual se relaciona con los artículos 400, 401 y 412 de la Lec, que regulan: el primero, la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos; el segundo el momento preclusivo de la acumulación de acciones y la ampliación objetiva y subjetiva de la demanda y el tercero la prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles.

6. Tradicionalmente la jurisprudencia del TS ha venido reconociendo tres clases de incongruencia en las sentencias.



La incongruencia omisiva o por defecto que tiene lugar cuando el fallo omite todo pronunciamiento sobre alguna pretensión oportunamente introducida en el debate. Aunque puede entenderse, con parte de la doctrina, que la incongruencia omisiva es falta de exhaustividad de la sentencia.

La incongruencia *ultra petitum* o por exceso que se producirá cuando la sentencia conceda más de lo pedido cuantitativamente o se reconozcan más derechos que los solicitados.

Incongruencia *extra petitum* o fuera de lo pedido que concurrirá, según constante doctrina del TS, cuando la sentencia resuelva sobre pretensiones que no han sido oportunamente deducidas por las partes o bien por resolver por causas diferentes a las aducidas o alegadas por las partes. Por causa diferente debe entenderse la *causa petendi* y por *causa petendi*, debemos entender el elemento que permite identificar la acción, esto es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (*STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000*). La calificación jurídica alegada por las partes, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos (*STS de 16 de diciembre de 1995, RC n.º 1544 / 1999*). Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (*SSTS de 30 de diciembre de 2010, n.º 1232/2007, 21 de octubre de 2011, n.º 734/2008*).

7. En relación con el principio de *iura novit curia*, también podría generar incongruencia en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para buscar el derecho aplicable a la solución del caso hubiese comportado una alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basaron sus pretensiones concediendo lo peticionado por un título jurídico diferente, y no se produce si lo que se hace es aplicar una norma jurídica diferente a la invocada.

TERCERO.- Resolución del recurso extraordinario por infracción procesal. Inexistencia de incongruencia.

1. Expuesto lo anterior es claro que el recurso extraordinario debe ser desestimado.

2. El tribunal estima la acción de cesación porque cuando el Sr. Carlos Alberto adquirió el piso NUM002 . NUM003 la prohibición de destinar a usos turísticos las viviendas de la comunidad de propietarios que conforma el inmueble ya había sido acordada por la Comunidad modificando los Estatutos y constaba inscrita en el Registro de la Propiedad.

3. Es cierto que la sentencia afirma que el transmitente de la finca al hoy recurrente, había comunicado al Ayuntamiento su voluntad de realizar la actividad, sin intención alguna de iniciarla (pues deseaba vender el inmueble al hoy demandado) y para soslayar la probable prohibición de la comunidad de propietarios, calificando de fraudulenta y de mala fe dicha conducta, pero lo cierto es que también constituye *ratio decidendi* de la sentencia como se ha puesto de relieve en los antecedentes de esta resolución, de cuyos hechos hemos de partir al restar incómunos en casación, que la prohibición existía, estaba inscrita en el Registro de la Propiedad y era conocida por el demandado cuando adquirió el inmueble en el mes de julio de 2014.

No existe pues incongruencia de clase alguna en la sentencia que acoge la acción de cesación ejercitada por una de las razones invocadas en la demanda, en concreto en sus hechos quinto y décimo.

4. La actuación del anterior propietario del piso en la obtención del "enterado" del Ayuntamiento a la actividad formó parte desde el primer momento de las alegaciones de la parte actora, pues en el hecho décimo de la demanda bajo el título "oponibilidad de la prohibición estatutaria al demandado no siendo óbice para ello la autorización administrativa de la actividad turística" escribía: *"Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, es de todos sabido que actualmente el régimen de licencias administrativas es el régimen de comunicación previa en la que la administración, tras la presentación por el interesado de la documentación pertinente, se limita a darse por "assabentada", de tal manera que, no fue sino inmediatamente después de que a finales de 2013 se convocara la Junta con el ánimo de ser celebrada el día 8 de enero del 2014, que en el interín, -en concreto el 3 de enero de 2014-, el entonces nudo propietario de dicha vivienda, don Carlos José procedió rápidamente a presentar ante el Ayuntamiento tal comunicación que la adversa llama licencia pero que no lo es, sino que es simplemente la comunicación previa de apertura de actividad para vivienda de uso turístico, según modelo normalizado denominado "Anexo III.3", por lo que, aunque formalmente dicha comunicación previa sea anterior en apenas cinco días a la celebración de la Junta es posterior a su convocatoria y se practicó sabiéndose del inminente orden del día y del contenido de la propuesta de estatutos complementarios que ratificaban el régimen de prohibición, lo que abunda todavía aún más si cabe en la oponibilidad del acuerdo al haberse hecho fraudulentamente la comunicación previa justamente para intentar eludirla y evitar su aplicación.*

Es más: la actividad como tal, esto es, el destino o uso de la vivienda 7º 2ª como apartamento o actividad comercial turística, no se produjo sino hasta tiempo después de la adaptación de dicho acuerdo, en concreto hasta prácticamente un año después,, -a principios del 2015-, por lo que la adaptación del acuerdo es anterior a



la actividad y por tanto afecta y es oponible plenamente al demandado. Téngase en cuenta en este sentido que la anterior titular del derecho de uso sobre la vivienda 7º 2ª era doña Lorena , como usufructuaria vitalicia del mismo, estando incapacitada judicialmente, nunca ejerció como empresaria o autónoma la actividad turística sobre la vivienda de la que era usufructuaria, y no podía válidamente en derecho vender, transmitir, extinguir, cancelar ni de ningún otro modo disponer de su derecho real de usufructo a favor de ningún tercero, ni siquiera con el consentimiento de su tutor, por cuanto precisaba a tal efecto de la correspondiente autorización judicial, la cual no se obtuvo sino hasta el 23 de Mayo de 2014 por medio de resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Barcelona en los autos de jurisdicción voluntaria 2190/2013-1ª; por lo que la cancelación o disposición de ese usufructo a cambio cuando menos de los 38.273,24€ y por consiguiente la venta y consiguiente transmisión del inmueble no se pudo perfeccionar ni consumir válida y eficazmente sino cuando menos hasta después de mayo de 2014, esto es, cuando ya estaban inscritos los Estatutos desde en el Registro de la Propiedad (inscripción 2ª de 27 de Marzo), por lo que el demandado los conocía o, con la mínima diligencia, podía conocer perfectamente y le vinculaban plenamente".

5. Tales alegaciones, así como las contrarias afirmadas por la parte demanda sobre la mala fe de la comunidad actora en tanto que conocedora de la intención de destinar el piso a uso turístico antes de la convocatoria de la Junta para prohibirla, formaban parte del proceso: la causa de pedir no fue alterada en la audiencia previa y además fueron objeto de prueba en los autos.

6. Si la conducta del anterior propietario podía o no ser calificada como de mala fe o constitutiva de un abuso de derecho o si podía o no afectar al nuevo propietario en sus expectativas sobre el destino del inmueble cuando firmó el contrato de arras, no son cuestiones a valorar en el recurso extraordinario por infracción procesal sino, en su caso, en el de casación si el derecho sustantivo no hubiese sido correctamente aplicado.

7. Lo que parece claro es que no existe alteración alguna de los términos del debate por parte de la sentencia de segunda instancia ni por consiguiente indefensión para la parte recurrente, la cual según el escrito de oposición al recurso de apelación, pese el cúmulo de alegaciones realizado en la contestación a la demanda, fundó su oposición básicamente en que: a) la concesión de la autorización administrativa dada al anterior propietario autorizaba a su causahabiente para ejercitar la misma actividad y b) que no existía alteración de la convivencia ni perjuicio para el inmueble.

Es por todo ello por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe decaer.

Recurso de casación

CUARTO.- Primer motivo del recurso de casación. Desestimación.

1. La parte recurrida alega en su escrito de oposición al recurso que el primer motivo del recurso de casación debe desestimarse -las causas de inadmisión serían ahora de desestimación- toda vez que no se dan los requisitos exigidos por la ley y la doctrina legal para entender concurrente el interés casacional invocado.

2. En dicho motivo la parte recurrente cita como preceptos infringidos los art. 553-47 del CCCat en relación con el art. 553-40 del mismo cuerpo legal (en la redacción atinente a los hechos) así como la jurisprudencia de esta Sala expuesta en las Sentencias nº 33 y 37 del 19 de mayo de 2016 que sentarían la doctrina de que las viviendas de uso turístico *per se* y en abstracto no comportan una actividad prohibida por la ley ni incompatible con la normal convivencia en la comunidad y que las prohibiciones estatutarias de dicha actividad no puede tener efectos retroactivos.

3. Conforme ha reiterado esta Sala habida cuenta que la casación persigue una función nomofiláctica (la unificación de la interpretación del derecho, en este caso catalán) y que la tutela judicial efectiva se satisface con las dos instancias ordinarias, la admisión del recurso de casación por interés casacional requiere inexcusablemente una precisa determinación del núcleo jurídico controvertido en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida.

4. A tal efecto, siguiendo el contenido de los acuerdos no jurisdiccionales de este tribunal de 22 de marzo de 2012 y 4 de julio de 2013 y los del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, cabe subrayar lo siguiente:

1/ el interés casacional hace referencia necesariamente a una cuestión jurídica de índole sustantiva, por lo que en su planteamiento debe partirse de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, lo que implica (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria y (ii) que no puede fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión);



2/ la descripción del concreto interés casacional requiere la precisión, sintética pero suficiente, del o de los concretos pronunciamientos de la sentencia de apelación que se combaten, la exposición de la *ratio decidendi* de esos pronunciamientos y en qué medida aquéllos y ésta constituyen una vulneración de los preceptos legales citados como infringidos;

3/ más concretamente, en caso de sustentarse el interés casacional en la contradicción de la sentencia de apelación con la doctrina jurisprudencial (artículo 3, a/ Llei 4/2012), es precisa la mención de dos o más sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya o del Tribunal de Cassació de Catalunya y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas, debiendo existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso.

5. En consecuencia, el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos, si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.

6. Pues bien, ello expuesto la sentencia de esta Sala nº 37 de 19 de mayo de 2016 trata -ciertamente- de si el destino para uso turístico de una vivienda sita en un inmueble sometido a las disposiciones sobre propiedad horizontal constituye *per se* o en abstracto una actividad prohibida por la ley o incómoda para la comunidad pero no contiene ningún pronunciamiento sobre el supuesto de que los Estatutos comunitarios la hubiesen prohibido y la sentencia de segunda instancia en su FJ 5º in fine estima no probado que la actividad haya alterado la normal convivencia vecinal.

En consecuencia la STJCat 37/2016 no contempla un supuesto igual ni análogo al presente y tampoco el recurso combate la *ratio decidendi* pues la demanda se ha estimado por entender la Sala de apelación que la prohibición contenida en los Estatutos afectaba al propietario que adquirió la finca con la prohibición inscrita en el Registro de la Propiedad, habida cuenta, además, de la mala fe con el que habría sido obtenida la autorización administrativa por el anterior propietario de la vivienda.

7. La STJCat nº 33 de la misma fecha, sí afronta el problema de la modificación de los Estatutos para prohibir el uso turístico de los pisos, sentándose la tesis de que: "*En Cataluña, a diferencia del régimen regulador de la LPH de 21-7-1960, la modificación de los Estatutos, no requiere del acuerdo unánime de los miembros de la comunidad sino solo de las cuatro quintas partes, incluidas las limitaciones en el uso de los elementos privativos según resulta con toda claridad de lo dispuesto en el art. 553-25 , 2 en relación con el art. 553- 11 del CCCat*".

Remarcándose que no era atinente en estos casos la previsión del artículo 553-25,4 en su primitiva redacción, conforme al cual *los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*, toda vez que interpretarlo de ese modo dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los 4/5.

La doctrina sería, por tanto, que el acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por la comunidad con el quórum de los 4/5 previsto en el art. 553-25 , 2 del CCCat (actualmente art. 553-26,2) es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad.

8. La misma tesis sostiene la STSJCat 74/2018 de 13 de septiembre, posterior a la formulación del presente recurso de casación, por lo que en la actualidad ya existe doctrina legal (art. 3 a) de la Llei 4/2012 de 5 de marzo) respecto de la validez de los acuerdos de este tipo adoptados con el quórum de mayoría cualificada, tesis que vendría reforzada por el cambio legislativo producido tras la promulgación de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, conforme a la cual el consentimiento expreso de los afectados solo es exigible ex art. 553-25 , 4 cuando los acuerdos priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de los *elementos comunes* .

9. Es cierto que en la STSJCat nº 33/2016 adelantábamos en un razonamiento *obiter dicta* ya que propiamente no era materia del recurso de casación que la modificación de los estatutos para prohibir el uso o destino turístico de los elementos privativos no podía tener carácter retroactivo.

Así, dijimos en esa Sentencia que cuestión distinta era que el cambio de destino y las limitaciones de uso acordadas legalmente por la comunidad fuesen oponibles con efectos retroactivo a aquellos que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad al impedirlo el art. 553-11 , 3 del CCCat (tanto en la redacción atinente a los hechos que nos ocupan como en la actual) y por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9,3 de la CE .



Añadiendo que ello era, *sin perjuicio, lógicamente, de que el acuerdo, una vez inscrito, sea eficaz y oponible a los futuros terceros adquirentes o, aun, que pueda serlo en el momento en que se produzca el cese de la actividad posteriormente prohibida.*

10. En consecuencia, la sentencia recurrida no vulnera la doctrina expuesta en las sentencias de contraste que se citan al no existir en aquel momento doctrina legal sobre los efectos del cambio de uso a los propietarios disidentes.

11. En la sentencia 74/2018 de 13 de septiembre, reiteramos, ya como *ratio decidendi*, que la restricción sobre el uso o destino de los elementos privativos no podía ser oponible con efectos retroactivos a aquellos copropietarios que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro o lo que es igual la eficacia de una restricción adoptada *ex post*, esto es, después de la adquisición del titular, cuando no hubiese consentido que se limite el uso de su elemento privativo oponiéndose al acuerdo por suponer una vulneración del art. 553-11, 3 del CCCat a cuyo tenor: *"las normas de los Estatutos son oponibles a terceras personas desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad"*.

Sin embargo, hicimos nuevamente la salvedad de que el acuerdo de modificación de los Estatutos una vez inscrito, sería eficaz y oponible a los futuros terceros adquirentes, además, lógicamente, de serlo a los actuales que no se hubiesen opuesto al mismo.

12. Ninguna de las dos sentencias (la 33/2016 y la 74/2018) se pronunció sobre un supuesto como el presente, esto es, en el caso de que la actividad se hallase autorizada administrativamente (aunque no puesta en práctica) poco antes de la modificación de los Estatutos de la comunidad prohibiéndola y la vivienda fuese adquirida por un tercero existiendo ya la prohibición e inscrita la misma en el Registro de la propiedad, razón por la cual el segundo motivo del recurso de casación en el que bajo la misma infracción legal se alega la falta de doctrina sobre tal cuestión, resulta admisible.

QUINTO.- Segundo motivo del recurso de casación. Oponibilidad de la prohibición del uso turístico de las viviendas al adquirente que compra una vez inscrita la restricción en el Registro de la Propiedad. Desestimación del recurso.

1. Sostiene el recurrente que no existiendo obligación legal de iniciar la actividad en forma inmediata, la autorización administrativa concedida al anterior propietario para destino turístico de la vivienda debería avalar también su actividad porque cuando se tuvo el título habilitante no había ninguna prohibición de aquel uso en las normas comunitarias.

Dicha tesis no puede ser acogida.

2. La autorización administrativa para el inicio o aún la continuación de la actividad no constituye una suerte de derecho real que sigue a la vivienda en su transmisión. Antes bien, es la limitación específica de unos determinados usos debidamente inscrita en el Registro la que tiene alcance real, inherente a la propiedad que se adquiere y excluyente de otros usos posibles (RDGRN de 27 de junio de 2018).

3. Con independencia del criterio que el Ayuntamiento de Barcelona sostuvo desde el punto de vista del derecho administrativo, lo cierto es que según el art. 553-11.3 del CCCat, y art. 1, 8 y 221 de la LH, la modificación de los Estatutos debidamente inscrita en el Registro de la propiedad afecta a los terceros que adquirieron las fincas con esa restricción al no constar que dicha vivienda estuviese exenta de la prohibición.

4. Lo explica con claridad la Resolución de la Direcció General de dret i d'entitats jurídiques de 6 de febrero de 2017, cuya tesis compartimos, al distinguir entre expectativa y derecho adquirido:

*"Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de este uso contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada por la mayoría del 80 % o más acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y se verán privados del uso que las normas limitan o prohíben. Dicho de otra manera, los propietarios disidentes podrán seguir usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron **mientras sean propietarios**. Incluso podrán modificar el elemento privativo para destinarlo al uso que los estatutos ahora prohíben pero cuando adquirieron el inmueble no. **Ahora bien, cuando transmitan el inmueble, los adquirentes, que tendrán conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o, si es el caso, tendrán que cesar en este uso."***

5. En consecuencia por más que la Administración haya concedido al nuevo adquirente autorización para seguir con la actividad considerando que los requisitos exigidos debían concurrir solo en el momento en que se autorizó la actividad por vez primera, decisión que no es vinculante para este Tribunal (por todas STS, Sala 1ª nº 887/2007, de 17 de julio) lo cierto es que conforme a la normativa civil e hipotecaria, el nuevo



adquirente conocía la limitación del uso acordada por la comunidad que ya constaba inscrita en el momento de la adquisición por lo que la restricción le era oponible.

6. Nótese que incluso desde el punto de vista administrativo art. 68 del Decreto 159/2012 en su punto 4 exige, si se produce la transmisión de la vivienda, una nueva comunicación de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 1º, esto es, requiere de la misma notificación previa de inicio de la actividad ante el Ayuntamiento competente suscrita por el nuevo propietario y por la persona física o jurídica a quien el propietario haya encomendado la gestión de la vivienda de que se trate, debiendo dar el consistorio al nuevo propietario la pertinente autorización.

7. De esta forma, aun cuando se adquiriera una vivienda habilitada como piso turístico con la pertinente autorización administrativa concedida al anterior titular si la comunidad ha cambiado los Estatutos prohibiendo para lo sucesivo el destino turístico de los pisos y ha inscrito la limitación en el Registro de la Propiedad, sin exención permanente para alguno de los pisos, el nuevo adquirente no podrá ejercitar dicha actividad, debiendo cesar en la misma si así lo requiere la comunidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 553-11.3 y art. 553-40.1 y 2 del CCCat en la redacción vigente cuando ocurrieron los hechos.

8. El art. 545-1 CCCat establece que *"las restricciones al derecho de la propiedad son las que establecen las leyes, en interés público o privado, o las que establece la autonomía de la voluntad, en interés privado"* y el art. 545-3 CCCat establece en su punto 1 que *"las restricciones en interés privado afectan a la disponibilidad y el ejercicio del derecho, constituyen límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de los vecinos y se rigen por lo que establece este Código"* y en el punto 2 que *"las restricciones que resultan de [...] la existencia de situaciones de comunidad tienen la consideración de restricciones en interés privado"*.

De este modo, la situación de comunidad especial que constituye la propiedad horizontal tiene la consideración de límite ordinario del derecho de la propiedad y es una restricción de interés privado tal y como se infiere de los art. 553-9, 553-10, 553-37.1, 553-39 y 553-40.

9. Como indicamos en la STSJCat 74/2018 los Estatutos de la comunidad constituyen un conjunto de reglas plasmadas por escrito y con fuerza de ley establecidas de común acuerdo por los copropietarios de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal para completar y desarrollar su ordenación legal.

Conforme a la normativa catalana (art. 553-11) los Estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la Comunidad, pudiendo contener reglas sobre el destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes; limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos; ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones o, entre otros, la aplicación de gastos e ingresos y la distribución de cargas y beneficios.

Los Estatutos tienen carácter convencional pero una vez acordados se convierten en normas que no pueden ser modificadas sino por acuerdo de los propietarios con las mayorías requeridas por la ley.

El Tribunal Constitucional en las Sentencias 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo, estimó que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la CE.

10. Es por todo ello que el recurso debe ser desestimado al haber respetado la Audiencia Provincial los arts. 553-11.3 y 553-40 del CCCat, ello aún sin necesidad de examinar la buena o mala fe del anterior propietario al realizar la comunicación administrativa, afirmación, de otro lado, tampoco combatida en el recurso de casación donde no se ha denunciado como infringido el art. 111-7 del CCCat, toda vez que lo relevante es que cuando el demandado adquirió la finca la prohibición estatutaria ya se encontraba en vigor gozando la restricción de la oportuna publicidad.

SEXTO.- Costas y depósitos constituidos.

Aun cuando el recurso haya sido íntegramente desestimado, no existiendo pronunciamiento del tribunal acerca de la cuestión debatida podían existir dudas de derecho lo que implica la no imposición de las costas del recurso de casación (art. 394 y 398 de la Lec). Las costas del recurso extraordinario por infracción procesal se impondrán a la parte recurrente, la cual perderá los depósitos constituidos.

F A L L A M O S

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DECIDE:

DESESTIMAR los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal del Sr. Carlos Alberto contra la Sentencia de fecha 22 de marzo de 2018 dictada



por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 826/16 , la cual se confirma íntegramente. Con expresa imposición de las cosas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y sin necesidad de imponer las causadas en el recurso de casación y con pérdida de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ