



Roj: **STS 3428/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3428**

Id Cendoj: **28079110012018100546**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **342/2016**

Nº de Resolución: **551/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LO 526/2015,**
STS 3428/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 551/2018

Fecha de sentencia: 09/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 342/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Logroño, sección n.º 1.

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 342/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 551/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 9 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 27 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 303/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 869/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Logroño.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de don Juan María, don Sergio doña Lorena y doña Evangelina.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvín en nombre y representación de don Raúl

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña María Rosario Purón Picatoste, en nombre y representación de D. Raúl, formuló demanda de Juicio Ordinario contra don Sergio y contra sus hijos, don Juan María y doña Evangelina y doña Lorena, mayores, vecinos de Logroño, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare:

»1º.- Que la vivienda o piso NUM000 de la casa n.º NUM001 de la CALLE000 de Logroño, inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 4 de Logroño al tomo NUM002, libro NUM002 folio NUM003, es materialmente divisible

»2º.- Que se aprueba la división y adjudicación realizada en su día por D. Sergio y doña Graciela, madre -hoy fallecida- de los codemandados Hnos. Lorena Evangelina Juan María de quien traen causa, y don Raúl, en la escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1987, conforme al plano unido a la misma, y en consecuencia, que D. Sergio y sus hijos don Juan María, doña Lorena y doña Evangelina son titulares dominicales de la parte del inmueble que se corresponde con la superficie de 56,06 m2 que aparece reflejada el plano unido a la escritura y don Raúl es titular dominical de los 49,94 m2 del resto del inmueble que linda y está anexionado al piso NUM004 de la misma planta

»4º.- Se condene a los demandados a estar y pasar por la citada declaración y a suscribir la correspondiente escritura pública que recoja dicha división, y en caso de negarse a ello, se disponga que sea otorgada judicialmente a su costa.

»5º.- Se condene en costas a la parte demandada.»

2.- Por decreto de 10 de diciembre de 2013 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora doña Pilar Dufol Pallares, en nombre y representación de Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de don Sergio, don Juan María, doña Evangelina y doña Lorena, contesto a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado y formuló reconvencción.

En el suplico de la demanda solicita:

«...dicte sentencia, desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi principal, con expresa condena en costas a la parte demandante.»

En el suplico de la reconvencción solicita:

«1.- La Indivisibilidad "jurídica" de la vivienda de la planta NUM000 sita en la CALLE000 n.º NUM001 de Logroño, y que para la extinción del condominio (participaciones indivisas), se proceda a la venta en pública subasta, con admisión de lidiadores extraños, con el tipo en que se tase pericialmente en el periodo probatorio.

»2.- O bien, alternativamente, de entender el juzgador que la vivienda de la planta NUM000 es divisible en dos viviendas, y que procede hacer la división y adjudicación solicitada por el Sr. Raúl en su escrito de demanda, se acuerde, como requisito previo a la segregación de las viviendas, que: para la parte o espacio que se pretende adjudicar a mis representados, se realicen todas las conexiones e instalaciones necesarias, incluyendo expresamente hacer la conexión y pasar el conducto hasta el Shunt del edificio para salida de humos y gases, así como cualesquiera otras necesarias de ventilación, electricidad, agua, vertido, gas, telecomunicación, o de cualquier otro suministro, permitiendo el Sr. Raúl la ejecución de las mismas, para



que pueda la parte de la vivienda adjudicada a mis representados, independizarse totalmente y reunir todos los requisitos mínimos de habitabilidad de las viviendas exigidos por la normativa urbanística de Logroño.»

4.- La procuradora doña María Rosario Purón Picatoste en nombre y representación de don Raúl, contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado:

«que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y en su virtud, por contestada la demanda reconvenicional formulada por la representación de don Sergio e hijos, contra mi representados don Raúl, y tras los trámites procesales oportunos se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenicional, con expresa imposición de costas a los demandados/reconvinentes.

»Alternativamente, y para el caso de que se estimara alguna de las pretensiones de la demanda reconvenicional, se declare la obligación de los demandados de correr con los gastos, daños y perjuicios que la pretensión implique, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases sentadas en el informe pericial aportado por esta parte, o la reserva expresa de esta parte, en su caso, para su reclamación en otro procedimiento.»

5.- El Juzgado dictó sentencia el 14 de julio de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda presentada por la Procurador de los Tribunales doña Rosario Purón Picatoste, en nombre y representación de don Raúl, frente a don Sergio, don Juan María, doña Evangelina, doña Lorena, debo declarar:

»1.º.- Que la vivienda o piso NUM000, de la casa NUM001 de la CALLE000 de Logroño, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 4 de Logroño al tomo NUM002, libro NUM002 folio NUM003, es materialmente divisible.

»2.º.- Que se aprueba la división y adjudicación realizada en su día por don Sergio Y doña Graciela, madre -hoy fallecida- de los codemandados Hnos. Lorena Evangelina Juan María de quien raen causa, Y don Raúl, en la escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1987, conforme al plano unido a la misma, y en consecuencia, que don Sergio y sus hijos Juan María doña Lorena y doña Evangelina son titulares dominicales de la parte del inmueble que se corresponde con la superficie de 56,06 m2 que aparece reflejada el plano unido a la escritura y don Raúl es titular dominical de los 49,94 m2 del resto del, inmueble que linda y está anexionado al piso NUM004 . de la misma planta.

»4º Se condena a los demandados a estar y pasar por la citada declaración y a suscribir la correspondiente escritura pública que recoja dicha división. Y en caso de negarse a ello, se disponga que sea otorgada judicialmente a su costa.

»5º Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas.

Que desestimando la reconvenición formulada por la Procurador de los Tribunales doña Pilar Dufol Pallares, en nombre y representación de .don. Sergio, don Juan María; doña Evangelina, doña Lorena, frente a don Raúl, debo absolver y absuelvo al reconvenido de todas las pretensiones formuladas contra él en el presente procedimiento, con imposición a los reconvinentes de las costas procesales causadas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Sergio, don Juan María, doña Lorena y doña Evangelina, correspondiendo su resolución a la sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Logroño que dictó sentencia el 27 de noviembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don Sergio, don Juan María, doña Lorena y doña Evangelina, contra la sentencia de fecha 14 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de los dé Logroño, en Juicio Ordinario seguido en el mismo al nº 869/13 del que dimana el Rollo de Apelación nº 303/14 de esta Audiencia Provincial, y debemos estimar y estimamos íntegramente la impugnación formulada por la representación procesal de don Raúl contra la misma sentencia, y en su virtud, debemos revocar y revocamos la misma en el único aspecto siguiente: se deja sin efecto el pronunciamiento sobre cosas procesales derivadas de la demanda realizado por la sentencia recurrida y que en su lugar acordamos que las costas derivadas de la demanda se imponen a los demandados don Sergio, don Juan María, doña Lorena y doña Evangelina. se confirman todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. las costas de esta alzada derivadas del recurso interpuesto por la representación procesal de don Sergio, don Juan María, doña Lorena y doña Evangelina se imponen a dichos recurrentes sobre las costas de esta alzada derivadas de la impugnación de sentencia realizada por la parte actora no se hace especial pronunciamiento.»

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



1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Juan María , don Sergio , doña Lorena y doña Evangelina , con base en los siguientes motivos:

Primero.- Se fundamenta en la infracción de los arts. 1 y 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, por vulneración de la doctrina jurisprudencial de la sala recogida en las SSTs de 10 de junio de 2008, 25 de mayo de 2007 y 19 de diciembre de 2008.

Segundo.- Se funda en la infracción del art. 7, apartados 1 y 2, art. 394, ambos CC y la infracción del art. 8 apartados 1 y 2 LPH.

Tercero.- Se funda en la infracción del art. 8 LPH, infracción del art. 394, 348.1, 1097 y 1258 CC. Se cita como doctrina jurisprudencial que se considera infringida la que se recoge en las SSTs de 10 de junio de 208 y 25 de mayo de 2007.

Cuarto.- Se denuncia la infracción del art. 396 y 401.1 CC, con vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que contienen las SSTs de 30 de septiembre de 1988 y 6 de mayo de 1991.

Quinto.- Se denuncia la infracción del art. 392 CC apartado 1 y 2 en relación con el art. 401.1 CC.

Sexto.- Se denuncia la infracción del art. 392.1 CC en relación con el art. 251.3.6 y 394. 1 LEC, con vulneración de la doctrina que contienen las SSTs 17 de julio de 2012, y num. 108/2009.

2.- La sala dictó auto el 18 de abril de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º - Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan María , don Sergio , doña Lorena y doña Evangelina contra la sentencia dictada, con fecha 27 de noviembre 2015 por la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 303/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 869/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Logroño.

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

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la parte recurrida manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 18 de septiembre de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

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

1.- La representación procesal de don Raúl formuló demanda contra los aquí recurrentes, en la que solicitó que se dictase sentencia por la que se declare:

«1.º.- Que la vivienda o piso NUM000 . de la casa NUM001 de la CALLE000 de Logroño, inscrita en el Registro, de la Propiedad n.º 4 de Logroño, al tomo NUM002 , libro NUM002 folio NUM003 , es materialmente divisible.

»2º Que se aprueba la división y adjudicación realizada en su día por don Sergio Y doña Graciela , madre -hoy fallecida- de los codemandados Hnos. Lorena Evangelina Juan María de quien traen causa, y don Raúl , en la escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1987, conforme al plano unido a la misma, y en consecuencia, que don Sergio y sus hijos Juan María doña Lorena y Doña Evangelina son titulares dominicales de la parte del inmueble que se corresponde con la superficie de 56,06 m2 que aparece reflejada el plano unido a la escritura y don Raúl es titular dominical de los 49,94 m2 del resto del inmueble que linda y está anexionado' al piso NUM004 . de la misma planta.

»4.º Se condene a los demandados a estar y pasar por a pitada declaración y a suscribir la correspondiente escritura pública que recoja dicha división. Y en caso de negarse a ello, se disponga que sea otorgada judicialmente a su costa.

» 5º Se condene en costas a la parte demandada».

2.- La sentencia recurrida resume el relato fáctico-jurídico del actor que, aunque extenso, se transcribe para la mejor inteligencia del objeto de pleito:



«El demandante don Raúl y su entonces esposa compraron al hoy demandado don Sergio y su esposa en el año 1987 dos inmuebles: por un lado, la vivienda sita en piso NUM004 del edificio sito en CALLE000 n.º NUM001 de Logroño, por otro, el 50% de la vivienda o piso del NUM000 del mismo edificio.

»En la escritura pública de compraventa del segundo de estos inmuebles (50% de la vivienda o piso del NUM000) se pactó lo siguiente: *"caso de que se disuelva la copropiedad existente entre vendedores y compradores, la división del piso se efectuará de acuerdo con el plano que se incorpora a esta matriz y que representa la parte que se adjudicaran los vendedores; siendo el resto para los compradores; la línea remarcada con bolígrafo, significa el lugar por donde se dividirá el piso."*

»La parte que correspondió al demandado Sr. Sergio era de 56,02 metros cuadrados y las partes determinaron de forma clara y precisa como se haría la división, la cual en realidad ya estaba hecha, pues desde que la compraventa tuvo lugar, las dos partes en que se dividió la vivienda o piso del NUM000 estuvieron completamente independizadas y han sido utilizadas de forma autónoma, de forma que él actor don Raúl anexionó su parte de la vivienda o piso del NUM000 a la vivienda sita en piso NUM004 de su propiedad que también había adquirido, de forma que Don Raúl tiene un único contador de agua y luz que registran los consumos de la vivienda sita en piso NUM004 incluidos la parte anexionada del NUM000 que era de su propiedad, mientras que los codemandados tienen contadores de agua y luz que registran antes de la venta procedió a dividir a su conveniencia la vivienda o piso del NUM000, incluso reservándose más metros que los que le correspondería (su parte tiene unos NUM001 metros cuadrados más que la de Don Raúl), la hizo por donde le convino y no planteó entonces dotar de salida de humos a la parte del piso que se reservaban, ni impuso condición alguna a tal efecto en la compraventa, y durante más de 20 años esa mitad, de la vivienda o piso del NUM000 que era propiedad de don Sergio se utilizó como consulta de pediatría. Como en el Registro de la Propiedad informó que la segregación o la extinción del proindiviso no podían inscribirse en el Registro de la Propiedad sin el otorgamiento de la escritura pública correspondiente o en su caso por autorización judicial suplidora de la voluntad de las partes, se ha instado este procedimiento.»

3.- La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción.

En ésta solicitaba que el Juzgado declarase la indivisibilidad jurídica de la vivienda ó piso del NUM000 del edificio sito en CALLE000 n.º NUM001 de Logroño y que para la extinción del condominio se procediera a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con el tipo que se tase pericialmente, en el periodo probatorio. Alternativamente solicitaba que, de entender el Juzgado de Primera Instancia que la planta NUM000 era divisible en dos viviendas, que, entonces se hiciera la división solicitada por don Raúl en el escrito de demanda, pero que se acordase como requisito previo a la segregación de las dos viviendas, que para la parte o espacio que se iba a adjudicar a los demandados reconvinientes, se realizasen las obras necesarias para la instalación de salida de humos y gases y su conexión hasta el «shunt» general del edificio así como demás conexiones necesarias (ventilación agua, electricidad, telecomunicación, vertido, etc.), atravesando en caso necesario la vivienda del Sr. Raúl.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, si bien no impuso las costas a la parte demandada-reconveniente.

En síntesis, respecto a la demanda vino a considerar probado que en el año 1987, desde el mismo momento en que tuvo lugar la celebración de las compraventas (la de la vivienda sita en piso NUM004 y la del 50% de la vivienda o piso del NUM000), y por decisión del propio demandado don Sergio, ya se había producido la división real de la vivienda o piso del NUM000, estando separadas físicamente, de forma que la parte de la vivienda o piso del NUM000 propiedad de vivienda sita en piso NUM004 se unió a la finca asimismo de su propiedad vivienda sita en piso NUM004 formando un todo con ella, y quedando separada por completo la parte de la vivienda o piso del NUM000 que seguía perteneciendo a don Sergio, médico de profesión, el cual la utilizó durante años como consulta de pediatría. Destaca que toda la prueba practicada (desde las actas de juntas de la Comunidad de Propietarios hasta la testifical practicada) acredita esta realidad extraregstral; esto es, que la división ya se había practicado desde el momento de la venta, y que por lo tanto, el objeto de esta «litis» no es: la división de la cosa común, -pues la división hace tiempo que está hecha- sino obtener un título que ponga de relieve esta situación a fin de que pueda tener la misma acceso al Registro de la Propiedad

Con fundamento en tal argumentación descarta las objeciones de la parte demandada a la pretensión actora.

En cuanto a la reconvencción, y también en síntesis, entiende que no se ha de acoger porque no puede olvidarse que la división lleva hecha, y a instancia del propio reconveniente, desde 1987, por lo que lo pretendido ahora sería ir contra sus propios actos y la propia situación mantenida durante más de 25 años.



5.- Frente a esta sentencia los demandados reconvenientes interpusieron recurso de apelación, del que ha conocido la sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Logroño, que dictó sentencia el 27 de noviembre de 2015 por la que desestimó el recurso.

La sentencia de primera instancia fue impugnada por la parte actora en cuanto al pronunciamiento sobre las costas y la sentencia de la Audiencia estimó la impugnación.

6.- La sentencia recurrida lleva a cabo un pormenorizado y meticuloso estudio de la cuestión fáctica y jurídica que es objeto del litigio, superando toda exigencia de tutela judicial efectiva, y, en su motivación alcanza, en síntesis, las siguientes conclusiones de relevancia:

(i) Se declara probada la existencia de una realidad extrarregistral según la cual la vivienda o piso del NUM000 aunque originariamente o en proyecto fuera una finca, se dividió sin embargo a instancia de don Sergio en dos fincas distintas y separadas, por más que en el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios de Propiedad Horizontal del edificio siga figurando como una sola, y por más que así figure también en el Registro de la Propiedad. Dicho de otra forma, aunque formal e instrumentalmente se celebraron dos contratos de compraventa entre don Sergio y su esposa como vendedores y don Raúl como comprador, mediante sendas escrituras públicas diferentes (una de ellas relativa a la venta de la vivienda sita en piso NUM004 y la segunda, relativa al 50% indiviso de la vivienda o piso del NUM000), la realidad física de lo transmitido a favor de lo transmitido a favor de don Raúl ya en aquél momento constituía una sola vivienda, integrada formando una sola unidad por la vivienda sita en piso NUM004, y el 50% de la vivienda o piso del NUM000, estando ya esta última en aquél momento físicamente separada y dividida materialmente del otro 50% de esa finca, que siguió perteneciendo a los vendedores don Sergio y su esposa; y así ha seguido hasta la actualidad.

(ii) En atención a lo expuesto determina que no existe actualmente, en definitiva, ninguna Comunidad de Bienes que dividir.

La división ya se practicó, no sólo fue consentida por el propio don Sergio sino que la iniciativa fue suya, y no puede pretender ahora, más de 20 años después, desconocer esa partición que él mismo auspició, so pena de ir contra sus propios actos.

En apoyo de su tesis cita la sentencia de esta sala de 15 de junio de 2012 en la que se contempla, como supuesto de hecho, que existió una previa partición de hecho y que esta fue plenamente consentida por todas las partes, por lo que «a la parte recurrente no le es lícito accionar contra los actos propios, ni puede ampararse el propósito de alterar unilateralmente una situación por quien, al haber concurrido a su creación, se halla obligada a respetarla».

(iii) A pesar de la claridad de las sentencias que cita, y en aras a la mejor tutela judicial efectiva de la parte apelante, examina el resto de las alegaciones de esta, pero sobre la premisa de que en este caso la división física o material de la finca se ha producido ya desde antiguo, e incluso que dicha partición fue iniciativa del propio don Sergio.

(iv) Niega que se haya infringido la Ley de Propiedad Horizontal, y para ello transcribe la sentencia de esta sala de 19 de diciembre de 2008, que luego disecciona.

En ella, sobre la distinción entre división material y jurídica, se parte de la exigencia para esta última del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, ya que se considera que existe modificación del título.

Sin embargo reconoce esta sentencia de la sala, con remisión a la sentencia de 13 de marzo de 2003, que en situaciones singulares se ha admitido que el cambio del título se produzca por la vía judicial, aunque no haya unanimidad, si la oposición es considerada como un acto de abuso de la ley y un uso antisocial del derecho.

Por ello entiende la audiencia que el apelante lleva razón sobre la premisa de las exigencias que debe cumplir la división jurídica.

Pero que, sin embargo, se está en presencia, y lo razona, de una situación singular en la que su oposición, que es la única, en Junta de Propietarios, a tal división, supone por las circunstancias fácticas que tiene como probadas, un abuso de derecho, y por ende, cabe que la modificación del título se haga por vía judicial, con adecuación, que es la pretensión actora, de la realidad jurídica registral a la realidad física y extrarregistral que existe desde décadas.

(v) Sigue la sentencia recurrida, en el minucioso estudio del recurso de apelación, negando, como pretendía el apelante, que existan óbices administrativos y urbanísticos que hagan inviable la partición.

Y ello, con independencia de que dialécticamente tuviese o no razón el apelante, por la *ratio decidendi* de que «lo cierto y verdad es que tales alegaciones podrían tener sentido si la división material de las fincas todavía no se hubiera producido y consentido por las partes, y si lo ejercitado en este pleito fuera *actio communi*



dividundo, esto es, si por el demandante se pretendiera realizar una división todavía no hecha. Pero no es el caso. Ya hemos reiterado que la división está hecha, y que el propio don Sergio fue quien la auspició y llevó a efecto hace décadas, y que de hecho ha venido utilizando como consulta médica la parte que él se reservó (que fue la situada a la derecha) habiendo vendido la otra parte, además de la vivienda sita en piso NUM004 a la que estaba unida, a don Raúl en el año 1987. También hemos dicho ya que la acción ejercitada por el demandante no es ni ha sido nunca la de división de cosa común, y ello porque la demanda parte del hecho, luego corroborado probatoriamente en esta "litis", de que la división está ya hecha desde hace mucho tiempo.»

Añade, como refuerzo de su argumentación: «que no es dable que ahora, más de veinte años después de haber llevado a cabo él mismo la división física de las fincas, y después de haber estado utilizando durante todo éste tiempo la parte que él mismo se reservó como despacho profesional médico, que el mencionado apelante Sr. Sergio pretenda que se considere jurídica o económicamente inviable la división que él mismo llevó a cabo, por el hecho en absoluto novedoso de que la parte derecha carece del indicado acceso a salida de humos, invocando a tal efecto además un Decreto 28/13 y pretendiendo su aplicación a un hecho, como es la división de esta finca, ya consumado física y realmente de forma plena mucho tiempo antes de la entrada en vigor de esa norma administrativa autonómica que invoca.»

(iv) En relación con la desestimación de la demanda reconvenicional razona la sentencia recurrida que el apelante parte de premisas erróneas, puesto que, como ya se ha dicho muchas veces, la división sí está hecha, y no sólo eso, sino que fue el propio reconveniente quien junto con su hoy fallecida esposa, la llevó a cabo hace mucho tiempo.»

Por tanto la consecuencia es meridiana.

No puede concebirse cabalmente la realización de esta instalación, con afectación de la finca del actor reconvenido, como un requisito previo de una segregación que está hecha hace décadas, y que además fue realizada por el propio reconveniente.

El Sr. Raúl compró la finca en 1987 libre de cargas y en ningún momento se indicaba en las escrituras que debiera soportar el paso de estas conducciones.

La consecuencia es meridiana; no puede concebirse cabalmente la realización de esta instalación con afectación de la finca del demandado, como un requisito previo de una segregación que está hecha hace décadas, y que además fue realizada por el propio reconveniente.

El hecho de que la parte reconveniente haya decidido que ahora o en un futuro próximo va a utilizar Como vivienda la parte de finca que se reservó tras esa división y que hasta ahora y durante tanto tiempo ha venido utilizando como consulta profesional médica, no le otorga sin más el derecho de exigir a su colindante Sr. Raúl , tanto tiempo después de esa partición, que soporte el paso de estas conducciones o instalaciones que serían nectario realizar para poder otorgar salida de humos a la finca de la parte demandada.

El Sr. Raúl , cuando compró la finca en 1987, la compró libre de cargas.

En ningún momento se indicaba en las escrituras que debiera soportar el paso de estas conducciones, las cuales ni pueden remotamente considerarse accesorios de lo vendido, ni el derecho de propiedad del reconveniente sobre su finca (que invoca a tal efecto el artículo 348 del Código Civil) se puede extender hasta el punto de entender comprendido en el mismo un inexistente derecho a, exigir la instalación de estos conductos por la finca propiedad del demandado, pues el derecho de propiedad de don Raúl solo atañe a su finca (no a la del demandado) y termina donde empieza el de su vecino sobre la suya. En definitiva, ya sea factible o no la instalación, ya sea cara o barata, ya determine pocos o muchos perjuicios para el reconvenido don Raúl , no se le puede imponer sin más a éste la indicada servidumbre (pues servidumbre sería, y no otra cosa) de tener que soportar el paso por su vivienda de estas conducciones que ahora refiere precisar la parte reconveniente, sobre la base de que resulta perjudicado por la segregación. Fue don Sergio quien realizó la división, y fue él quien la hizo como mejoróle convino a su colindante y no puede sobrevenidamente pretender modificar sus; condiciones.

Finalmente, en cuanto a la alegación o invocación subsidiaria que realiza el recurso, relativa a que concurre el supuesto para constituir de servidumbre legal, decir que se trata de una alegación nueva, introducida en al apelación y no argüida en la instancia.

7.- La representación procesal de los demandados interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, que articuló en seis motivos en los términos que se expondrán más adelante.

8.- La sala dictó auto el 18 de abril de 2018 en el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida formuló oposición al recurso, en el que alegó motivos de oposición a su admisión sobre los que ya había hecho referencia en su escrito de personación.



Por razones metodológicas del caso aquí enjuiciado, se decidirá sobre tales óbices de admisibilidad al ofrecer respuesta a cada uno de los motivos del recurso.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Cuestiones previas.

Antes de resolver sobre cada uno de los motivos del recurso de casación es necesario hacer unas consideraciones que ayuden a la claridad de tales decisiones, teniendo en cuenta que el recurso de casación se formula con una técnica casacional poco acorde con las exigencias legales y resoluciones de la sala, entremezclando cuestiones fácticas y jurídicas y pretendiendo, de modo solapado, por cauce inidóneo, modificar los hechos probados de la sentencia recurrida.

Tales consideraciones son las siguientes:

1.- Es doctrina de esta sala que los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ji) que no pueden 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).

Tal doctrina se reitera en la sentencia 412/2017, de 27 de junio, que hace mención al auto de 10 de febrero de 2016 que niega el interés casacional adecuado.

2.- Así mismo, tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (AA 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos «*obiter*», a «mayor abundamiento» o «de refuerzo» (SSTS número 362/2011 de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras)

La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya *ratio decidendi* (SSTS número 238/2007, de 27 de noviembre; número 1348/2007 de 12 de diciembre; número 53/2008 de 25 de enero; número 58/2008, de 25 de enero; número 597/2008, de 20 de junio, entre otras).

Así fue recogido en el Acuerdo de la Sala, de fecha 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación extraordinario por infracción procesal.

Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que «la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida» .

Así se vuelve a recoger en el Acuerdo de Sala de fecha 27 de enero de 2017 (sentencias 344/2018, de 7 de junio).

3.- La sentencia recurrida va reiterando a lo largo de su motivación, y como *ratio decidendi* a la hora de ofrecer respuesta a cada una de las alegaciones del apelante aquí recurrente, el siguiente hecho probado:

Se declara probada la existencia de una realidad extrarregistral según la cual la vivienda o piso del NUM000 aunque originariamente o en proyecto fuera una finca, se dividió sin embargo a instancia de don Sergio en dos fincas distintas y separadas, por más que en el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios de Propiedad Horizontal del edificio siga figurando como una sola, y por más que así figure también en el Registro de la Propiedad. Dicho de otra forma, aunque formal e instrumentalmente se celebraron dos contratos de compraventa entre don Sergio y su esposa como vendedores y don Raúl como comprador, mediante sendas escrituras públicas diferentes (una de ellas relativa a la venta de la vivienda sita en piso NUM004 y la segunda, relativa al 50% indiviso de la vivienda o piso del NUM000), la realidad física de lo transmitido a favor de lo transmitido a favor de don Raúl ya en aquél momento constituía una sola vivienda, integrada formando una sola unidad por la vivienda sita en piso NUM004, y el 50% de la vivienda o piso del NUM000, estando ya esta última en aquél momento físicamente separada y dividida materialmente del otro 50% de esa finca, que siguió perteneciendo a los vendedores don Sergio y su esposa; y así ha seguido hasta la actualidad.

La división existente no solo fue consentida por el propio don Sergio, sino que la iniciativa fue suya.

Tal como puede verse en el acta de la Junta de la Comunidad de Propietarios de 29 de mayo de 2013 (documento 6 de la demanda, folio 44 de autos), en dicha junta, de un total de doce (12) propietarios, once (11) de ellos votaron a favor de lo pretendido por el demandante, y solo uno (1) votó en contra, impidiendo así éste



propietario la obtención de la unanimidad en esa Junta de la Comunidad de Propietarios. De la lectura del acta resulta, además, que en la misma se hizo constar- sin que nadie rebatiese este argumento-, que la situación de la finca en cuestión siempre había sido la que pretendía el hoy actor, y que incluso los coeficientes que se venían aplicando desde siempre a efectos de gastos eran los resultantes de esa división jurídica pretendida entonces por el demandante, y existente físicamente «desde, su adquisición».

4.- El único reproche que puede hacerse a la sentencia recurrida, no porque lo ignore sino porque requería ser destacado de modo más relevante, es que la parte actora alega en su demanda, como fundamento de derecho de su pretensión, el cumplimiento del contrato y, por ende, de lo pactado en el contrato de compraventa sobre la forma en que se llevaría a cabo la división de la vivienda cuando se disolviese jurídicamente la copropiedad, pues, como consta probado, en esa fecha se encontraba fácticamente disuelta y dividida la cosa común (documento n.º 2 y 2 bis de la demanda).

5.- La sentencia recurrida, sin que se haya impugnado su interpretación, se detiene en la interpretación de la escritura pública de compraventa de 10 de julio de 1987, a efectos de desestimar la demanda reconventional, y alcanza la conclusión de que el Sr. Raúl compró la finca en 1987 libre de cargas y en ningún momento se indicaba en las escrituras que tuviese que soportar el paso de las conducciones pretendidas por el reconviniente (cláusula E de la escritura).

TERCERO.- *Motivo primero.*

Se fundamenta en la infracción de los arts. 1 y 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, por vulneración de la doctrina jurisprudencial de la sala recogida en las SSTs de 10 de junio de 2008, 25 de mayo de 2007 y 19 de diciembre de 2008, que declaran que se necesita el acuerdo unánime de la junta de propietarios para verificar una división jurídica de manera que un piso pase a ser dos ya que se considera que existe una modificación del título constitutivo.

No cabe hacer ninguna división, agregación o segregación con efectos jurídicos, si no hay previa autorización unánime de la junta de propietarios conforme al art. 17.1 LPH donde se señalarán las nuevas cuotas a las fincas resultantes.

Los recurrentes alegan que la sentencia recurrida vulnera la doctrina citada cuando declara que no se ejercita una acción de división de la cosa común, porque la vivienda NUM000 ya se dividió físicamente en 1987.

En el presente caso según los recurrentes en el año 1987 los vendedores demandados y los compradores demandantes no tenían permiso de la comunidad para dividir la vivienda NUM000 en dos, ni para segregarla, por ello de común acuerdo se constituyen en copropiedad al 50% de la vivienda NUM000 y así se inscribe en el Registro de la Propiedad.

La doctrina de la sala en sentencia de 19 de diciembre de 2008 diferencia entre la división material en la que no hay inconveniente para que el dueño de un piso o local separe materialmente su propiedad, coloque tabiques y distribuya su uso; igualmente, cabe que se vendan partes «pro indiviso», incluso con coeficiente interno.

Y la división jurídica que presenta una cuestión diferente, pues si lo que se pretende es que un piso o local pase a ser dos, o tres con desaparición de la cuota de propiedad inicial y asignación de otras diferentes, aunque sea con la suma de lo mismo, se necesita del acuerdo unánime de la junta de propietarios ya que se considera que existe modificación del título.

Los recurrentes alegan que la división física o distribución interior que hubiera en la vivienda sea la que fuere es irrelevante a los efectos jurídicos.

CUARTO.- *Decisión de la sala.*

El motivo debe desestimarse por inadmisión, en atención a las consideraciones previas primera y segunda que se plasman en el fundamento de derecho segundo.

La *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no desconoce la doctrina de la sala sobre la necesidad que existe, según el art. 8 LPH, de previa autorización unánime de la Junta de Propietarios para hacer alguna división, agregación o segregación.

Ello lo reconoce palmariamente con cita de la sentencia de 19 de diciembre de 2008.

Lo que sucede, y ello si es *ratio decidendi*, es que la situación de división, segregación y agregación, y es hecho probado incontestable, ya existía al tiempo de la compraventa en el año 1987, así como que era conocida y aceptada por la Comunidad de Propietarios.

Si se convocó formalmente la Junta de Propietarios a tal fin, fue para tener título validante para, con acceso al Registro de la Propiedad, adecuar la realidad jurídica a la física y extraregistrada.



Si en esta Junta de la Comunidad de Propietarios, celebrada el 29 de mayo de 2013, no existió unanimidad obedeció solo y exclusivamente a la negativa del recurrente; y la sentencia recurrida considera, y ello sí es *ratio decidendi*, que tal conducta supone un abuso de derecho, conforme a la citada sentencia de 19 de diciembre de 2008, por la situación singular plasmada en los hechos probados.

Y así, acudiendo a la doctrina de la sala contenida en ella, alcanza la conclusión de que la decisión judicial suple su injustificada negativa.

Por tanto, desde el obligado respeto a los hechos probados, no se aprecia interés casacional en el recurso interpuesto, por no contradecir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,

No existe (fundamento tercero de la sentencia de la Audiencia) ninguna comunidad de bienes a dividir.

QUINTO.- *Motivo segundo.*

El segundo se funda en la infracción del art. 7, apartados 1 y 2, art. 394, ambos CC y la infracción del art. 8 apartados 1 y 2 LPH, con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo SSTS de 10 de junio de 2008, 19 de diciembre de 2008 y 16 de julio de 2009, que establecen los requisitos para que exista en el ámbito de la Ley de la propiedad horizontal el abuso del derecho.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial citada cuando considera que la negativa del demandado en la Junta de copropietarios del día 29 de mayo de 2013, es abusiva.

Los recurrentes mantienen que cuando votan no autorizar la segregación salvo que se le facilitase una posible instalación de salida de humos, no se cometió abuso de derecho alguno, pues en el momento en que se proceda a la segregación jurídica de la vivienda del NUM000 resulta que la parte que se adjudicará a los recurrentes, no reúne las condiciones mínimas legales para ser vivienda, exigidas por la normativa en vigor en el momento de interponerse la demanda, pues no tiene conexión al shunt general del edificio, por lo que no existe abuso de derecho, sino el ejercicio legítimo de su derecho a la vivienda.

Los recurrentes mantienen que la conexión es posible, adecuada y no supone ningún perjuicio para la parte contraria y ya tiene concedida licencia por el Ayuntamiento de Logroño, por ello, de existir abuso de derecho sería del demandante.

SEXTO.- *Decisión de la sala.*

Al igual que el anterior motivo se ha de desestimar por inadmisión, pues el recurrente se empeña en hacer supuesto de la cuestión, con la pretensión de fundarse en hechos distintos de los declarados probados, que esta sala, según anunció, recoge con detalle en evitación de confusiones.

Es cierto que la sentencia recurrida acude a la doctrina del abuso de derecho, y no es erróneo que así lo haga. No obstante bastaba, para apreciar la situación singular que autoriza a sustituir la negativa del recurrente por la decisión judicial, con resaltar su incumplimiento contractual, por pretender modificar lo pactado en la escritura de compraventa, conducta que justifica que el ejercicio de su derecho adolezca de buena fe.

A lo largo de la sentencia recurrida se afirma, con fundamento en los hechos probados, que, al tiempo de la compraventa, la comunidad se encontraba disuelta y dividido el bien común, si bien no tuviese reflejo en el Registro de la Propiedad y, por ende *erga omnes*, pero *inter partes* no cabe su desconocimiento.

El motivo tiene, pues, una carencia manifiesta de fundamento (art. 485. 2. 4.º LEC)

SÉPTIMO.- *Motivo tercero.*

El tercero se funda en la infracción del art. 8 LPH, infracción del art. 394, 348.1, 1097 y 1258 CC. Se cita como doctrina jurisprudencial que se considera infringida la que se recoge en las SSTS de 10 de junio de 208 y 25 de mayo de 2007; conforme a estas sentencias no cabe hacer ninguna división, agregación o segregación con efectos jurídicos si no hay previa autorización unánime de la junta de propietarios.

Se cita también la infracción del art. 530 CC en relación con la doctrina de la sala que contiene la STS 3 de enero de 1992, por cuanto no es posible constituir una servidumbre sobre cosa propia, pues sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre.

Los recurrentes mantienen que lo que han pedido en su demanda reconvencional es que con carácter previo a la segregación de la viviendas se realice la conexión necesaria para la salida de humos y gases permitiendo el demandante las mismas para que la vivienda adjudicada al demandado reúna los requisitos mínimos de habitabilidad exigidos por la normativa urbanística.

Los recurrentes alegan que no es que se quiera utilizar la consulta médica pediatra como vivienda, sino que la consulta es un uso que se desarrolla dentro de una vivienda.



Y la normativa anterior permitía sin necesidad de licencia municipal su consulta profesional de médico, pero durante este tiempo en el que las partes han estado en copropiedad se ha modificado la normativa urbanística y las sucesivas modificaciones exige que la consulta o despacho profesional en una planta NUM000, solo se pueda desarrollar como anexo a la vivienda del titular, y si no hay vivienda porque no se reúnen los requisitos mínimos no se le pueda anexas nada.

Los recurrentes alegan que están en copropiedad porque no existe el consentimiento del titular afectado ni existe acuerdo unánime de la junta de propietarios para segregar, y hay que disolver la copropiedad que constituyeron en la escritura pública de 1987.

Los recurrentes mantienen que no hay servidumbre ni gravamen porque no se ha disuelto la copropiedad pues la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño lo que aquí no acontece porque son copropietarios, ambos tienen el 50% de la totalidad de la vivienda del NUM000, no hay distintos dueños sino un condominio.

En el presente caso la realización de la conexión al shunt es un requisito previo y necesario a la segregación jurídica y registral de la vivienda del NUM000, pues dichas conexiones son presupuesto necesario para la divisibilidad de la vivienda.

Los recurrentes mantienen que no han modificado los términos de la litis, sino que justificaron su pretensión cuando la sentencia de primera instancia declara que debía constituirse una servidumbre, y en ese caso se justificaba que el título que tienen los demandados es el de propiedad de la finca, por ello, se invocaba la normativa de constitución de una servidumbre legal.

En el presente caso la sentencia recurrida mantiene que la vivienda ya estaba dividida y no entraba a estudiar la pretensión de la servidumbre legal, sin embargo, los recurrentes entienden que la división jurídica no existía permaneciendo las partes en copropiedad por lo que se debió estimar la pretensión pues tal y como se recoge en la sentencia recurrida la normativa legal vigente en el momento de la interposición de la demanda exigía la conexión para ser «vivienda».

En conclusión alegan que la conexión es posible, adecuada, no supone perjuicio para la parte contraria, es indudablemente necesaria y no hay otra forma de hacerla, teniendo la licencia concedida por el Ayuntamiento.

OCTAVO.- *Decisión de la sala.*

Basta la lectura del motivo para apreciar su redacción como un escrito de alegaciones, más que como un motivo claro y preciso de interés casacional; por lo que por ello ya sería suficiente para su inadmisión.

La parte recurrente insiste en sus argumentos en cuanto a la división del bien común y forma de llevarlo a cabo.

Pues bien, repitamos que esa división y forma de llevarla a cabo fue la pactada en la escritura de compraventa de la vivienda.

La escritura en cuestión, y la cláusula que nos ocupa, ha sido interpretada por la Audiencia, sin que se impugne como tal su interpretación en un motivo del recurso, y fruto de tal interpretación es la decisión que toma en este extremo, que es objeto de la demanda reconvencional.

Los escritos rectores del proceso en la primera instancia son los que fijan el objeto de la litis.

En ellos el recurrente no incluyó la pretensión sobre constitución de una servidumbre legal.

De ahí que la Audiencia, con cita de doctrina que esta sala asume, entienda que su planteamiento en la apelación merece ser calificado de cuestión nueva y que no sea posible decidir sobre ella.

También tiene, pues, el motivo carencia manifiesta de fundamento.

NOVENO.- *Motivo cuarto.*

En el cuarto se denuncia la infracción del art. 396 y 401.1 CC, con vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que contienen las SSTS de 30 de septiembre de 1988 y 6 de mayo de 1991 que señalan las limitaciones a la facultad de dividir exigiendo a los pisos o locales para ser objeto de propiedad singular y exclusiva, tener salida al exterior o a un elemento común.

Los recurrentes plantean que la sentencia recurrida infringe la doctrina del TS, porque considera que la agregación jurídica de la vivienda NUM000 a la vivienda NUM004 ya se realizó en el año 1987, sin embargo no es posible porque no tenía en esa fecha la aprobación de la comunidad de propietarios por lo que no podía considerarse hecha.

Los recurrentes alegan que se opusieron a la segregación en los términos en los que fue planteada la litis, pues el demandante solo pidió la segregación del NUM000, pero no pidió agregar esa parte a su vivienda al



NUM004 , por tanto si no lo pide la parte que se pide segregar no tendría salida independiente a un elemento común con lo que no cumpliría con los requisitos legales.

DÉCIMO.- *Decisión de la sala.*

Nos remitimos a lo expuesto al dar respuesta a los anteriores motivos, en el sentido de que el recurrente pretende modificar el fallo, pero fundamentándose en hechos distintos a los declarados probados.

Consta en estos que lo segregado y unido al piso NUM004 , desde antes de la compraventa en cuestión, formaba un todo, un solo piso y, por ende, con salida a un elemento común.

Otra vez cabría traer a colación la buena fe en el ejercicio de los derechos, pues de la demanda se colige, con claridad meridiana, lo pretendido por el actor.

De ahí que proceda también su desestimación por inadmisión.

DÉCIMO PRIMERO.- *Motivo quinto.*

En el quinto se denuncia la infracción del art. 392 CC apartado 1 y 2 en relación con el art. 401.1 CC, en cuanto los copropietarios no pueden exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina. En este sentido se vulnera la doctrina de la sala en SSTS de 3 de febrero de 2005 y 8 de marzo de 2013, que contienen el concepto de indivisibilidad jurídica.

Se cita también la infracción de los arts. 404, 406 y 1062 CC, con vulneración de la doctrina que se recoge en SSTS 7 de julio de 2006, y 21 de abril de 2010, en caso de indivisibilidad basta que uno de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse.

Se infringe también el art. 8.1 y 2 LPH, con vulneración de la doctrina jurisprudencial que contiene la SSTS 10 de junio de 2008 y 25 de mayo de 2007, conforme a las cuales no cabe hacer ninguna división, agregación o segregación con efectos jurídicos si no hay previa autorización unánime de la junta de propietarios.

La sentencia recurrida vulnera a doctrina citada cuando declara que la finca se dividió físicamente en 1987, y resulta probado que la parte que corresponde a los demandados carece de acceso a la salida de humos general del edificio, y este es un requisito exigido legalmente para ser vivienda.

En conclusión, según los recurrentes, al no existir la aprobación de la junta de copropietarios para la segregación ni para la división de la vivienda NUM000 en 1987, ni en la junta de 29 de mayo de 2013, y siendo éste un requisito previo para dividir o segregar los litigantes siguen en copropiedad, pues sin este consentimiento, la división material que hicieran las partes no tiene efectos jurídicos cuando lo que se pretende es dividir un piso en dos formando realidades jurídicas diferenciadas y con acceso al registro.

Los recurrentes mantienen que en su demanda reconventional lo que se ha solicitado es que se declare la indivisibilidad jurídica de la vivienda NUM000 por quedar inservible para el uso que se destina que es el de vivienda o piso.

En el presente caso además tras la extinción del condominio, el uso de consulta no se permitirá, si no existe vivienda en la parte a asignar a los recurrentes. Todo ello, por el cambio de la normativa urbanística pues solo se puede tener consulta médica en un edificio de oficinas, en una planta NUM005 , o NUM006 o planta NUM007 , o anexo a la vivienda del titular, que es nuestro supuesto, al tratarse de un piso en la planta NUM000 .

DÉCIMO SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

Vuelve a incurrir el recurrente en causa de inadmisión, pues funda el motivo en hechos que no se compadecen con los hechos probados.

El motivo se encuentra formulado en estrecha relación con la demanda reconventional del recurrente, a lo que ya hemos ofrecido respuesta, con respecto de la interpretación que hace la sentencia recurrida de la escritura de compraventa.

Si el recurrente precisa de algún servicio en su piso, para que sea habitable, del que ahora adolezca, ha de plantearlo en el seno de la Comunidad de Propietarios en la forma que entienda adecuada, pero no a la contraparte como fruto de un pacto en el que no se recogía, según interpretación de la audiencia.

DÉCIMO TERCERO.- *Motivo sexto.*

En el sexto se denuncia la infracción del art. 392.1 CC en relación con el art. 251.3.6 y 394. 1 LEC, con vulneración de la doctrina que contienen las SSTS 17 de julio de 2012, y num. 108/2009.

Los recurrentes mantienen que la acción que el demandante ejercitó fue la de división de cosa común, y así se le requirió para que fijara el importe de la cuantía del procedimiento.



Sin embargo, la sentencia de primera instancia y de apelación entienden que la acción ejercitada no es la de división de la cosa común.

El juzgador de instancia, por ello, no impuso las costas a los demandados, sin embargo, la Audiencia condena a todas las costas y solicitada la aclaración de la sentencia la Audiencia indica que no había manifestado nada sobre este tema, cuando consta en la alegación tercera del recurso de apelación dicha cuestión.

DÉCIMO CUARTO.- *Decisión de la sala.*

La sentencia recurrida decide el recurso y la impugnación en materia de costas, aplicando los arts. 394 y 395 LEC.

Aclarado tal extremo para que, una vez más, la formulación del motivo no confunda, se ha de acudir a la doctrina de la sala sobre las costas y el recurso de casación.

Afirma el Auto de 13 de enero de 2016, rec. 1014/2014, lo siguiente:

«Sobre las costas procesales, constituye doctrina reiterada (AATS, entre los más recientes, de 10 de enero de 2012, RC n.º 1590/2011 y 10 de abril de 2012, RC n.º 1695/2011), que, por versar exclusivamente sobre cuestiones jurídico sustantivas, el recurso de casación no puede fundarse en la infracción de normas procesales como las que regulan la condena en costas. Además, estas normas ni siquiera son aptas para fundamentar el recurso extraordinario por infracción procesal al constituir también doctrina reiterada que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la disposición final 16ª de la LEC, ni en el más amplio del articulado (arts. 468 y siguientes), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. disp. final 16.ª, apartado 2); además de que es imprescindible, aparte la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados en el art. 469.1 LEC, en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento relativo a éstas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 a 215, sino que es tratado en diferente Libro de la LEC (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LEC, donde se establecen las disposiciones relativas a "la condena en costas".».

Por tanto el motivo incurre en causa de inadmisión.

Las citas de normas sustantivas que se hacen, una vez más se apartan de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

DÉCIMO QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Juan María , don Sergio , doña Lorena y doña Evangelina . contra la sentencia dictada con fecha 27 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 303/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 869/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Logroño.

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

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

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

Así se acuerda y firma.

Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz

M.ª Angeles Parra Lucan