



Roj: **SAP C 2028/2017 - ECLI:ES:APC:2017:2028**

Id Cendoj: **15030370052017100251**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **31/07/2017**

Nº de Recurso: **612/2016**

Nº de Resolución: **235/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00235/2017**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION QUINTA**

**A CORUÑA**

N10250

CALLE DE LAS CIGARRERAS Nº 1 (ENFRENTA A PLAZA PALLOZA) CP 15071

Tfno.: 981 18 20 99/98 Fax: 981 18 20 97

**N.I.G.** 15030 42 1 2015 0013000

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000612 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 12 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000837 /2015

**Deliberación el día:** 14 de junio de 2017

Recurrente: Procurador: Abogado:Recurrido: Esperanza Modesta : Procurador: MARIA FREIRE RODRIGUEZ-SABIOAbogado:

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

**SENTENCIA Nº 235/16**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

MANUEL CONDE NUÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a treinta y uno de julio de dos mil diecisiete.

En el recurso de apelación civil número 612/16, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de A Coruña, en Juicio Ordinario núm. 837/15, sobre "Impugnación Junta de Propietarios", siendo la cuantía del procedimiento indeterminada, seguido entre partes: Como **APELANTES: COMUNIDAD PROPIETARIOS C/ DIRECCION000 NUM000 , ALMACENES COUTO, S.A., DON Pío Santiago , DOÑA Gracia Rosario , Y COMUNIDAD HEREDITARIA FORMADA por ella y DOÑA Begoña Salvadora E Palmira Olga , DOÑA Magdalena Yolanda Y COMUNIDAD HEREDITARIA FORMADA por ella y DON Emilio**



**Eutimio , Irene Lina Y Genoveva Noelia** ; representados por el/la Procurador/a Sr/a. Sr. Bejerano Fernández; como **APELADA: DOÑA Esperanza Modesta** , representado por el/la Procurador/a Sr/a. Freire Rodríguez-Sabio.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NÚÑEZ.-

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de A Coruña, con fecha 17 de octubre de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

*"Que con estimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Esperanza Modesta debo resolver que queda sin efecto el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de fecha 28 de mayo de 2015 rechazando la instalación del ascensor, por ser contrario a derecho, declarando su nulidad y reconociendo el derecho a la instalación en los términos del proyecto presentado por la actora, sin necesidad de acuerdo mayoritario.*

*Todo ello con condena a cada uno de los codemandados COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE DIRECCION000 Nº NUM000 DE A CORUÑA y los propietarios del local y viviendas de los pisos NUM001 , NUM002 y NUM003 , ALMACENES COUTO S.A Don Angel Leopoldo , Dª Graciela Magdalena y Dª Magdalena Yolanda , todos en la representación en cuyo interés actúan, a consentir la instalación del ascensor, con cesión de los metros cuadrados necesarios según el proyecto y los informes periciales presentados, y con abono por los miembros de la Comunidad en lo que exceda en el gato de la previsión legal, del importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, que asciende a la cantidad de 180 euros mensuales.*

*Cada parte pagará sus costas procesales siendo las comunes por mitad. "*

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por representación procesal de los demandados, que les fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 14 de junio de 2017, fecha en la que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-I.-** La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n 12 de A Coruña, de fecha 17 de octubre de 2016 , acordó en su parte dispositiva:

Que con estimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Esperanza Modesta debo resolver que queda sin efecto el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de fecha 28 de mayo de 2015 rechazando la instalación del ascensor, por ser contrario a derecho, declarando su nulidad y reconociendo el derecho a la instalación en los términos del proyecto presentado por la actora, sin necesidad de acuerdo mayoritario.

Todo ello con condena a cada uno de los codemandados COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE DIRECCION000 Nº NUM000 DE A CORUÑA y los propietarios del local y viviendas de los pisos NUM001 , NUM002 y NUM003 , ALMACENES COUTO S.A Don Angel Leopoldo , Dª Graciela Magdalena y Dª Magdalena Yolanda , todos en la representación en cuyo interés actúan, a consentir la instalación del ascensor, con cesión de los metros cuadrados necesarios según el proyecto y los informes periciales presentados, y con abono por los miembros de la Comunidad en lo que exceda en el gasto de la previsión legal, del importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, que asciende a la cantidad de 180 euros mensuales.

Cada parte pagará sus costas procesales siendo las comunes por mitad.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se hace constar las razones que conducen a su parte dispositiva, y, en concreto, las siguientes:

*"Primero.- Inicialmente son actores los propietarios del piso NUM005 Doña Esperanza Modesta y don Justino Jacobo en el edificio de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE DIRECCION000 Nº NUM000 DE LA CORUÑA que es la demandada.*

*También son codemandados los propietarios del bajo ALMACENES COUTO S.A., y los de los pisos NUM001 , NUM002 , y NUM003 , en uno de los casos sustituido por razón de fallecimiento.*



Sostienen los actores que en el caso del actor don Justino Jacobo es mayor de 70 años y con un delicado estado de salud, mientras que doña Esperanza Modesta tiene 69 años y medio y padece artrosis.

Con apoyo en la reforma de la LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, los actores impugnan un acuerdo de Comunidad de fecha 28 de mayo de 2015 que rechazó la instalación del ascensor que los actores pretenden con apoyo en el proyecto de obras que presentan, y que supone, además del gasto, que respecto de las viviendas cada una debe ceder para su instalación 2,38 m<sup>2</sup>, y en cuanto al bajo 1,34 m<sup>2</sup> en una ubicación con altura libre de 5 m<sup>2</sup> y otros 5 m<sup>2</sup> en lugar con altura libre inferior a 1 m<sup>2</sup>.

Sostienen que con aplicación del nuevo artículo 10.1.b) para la instalación que pretenden, instada por persona mayor de 70 años y con la actora afectada de la minusvalía que supone tener 69 años y medio y artrosis, no es necesario siquiera el acuerdo de Comunidad.

En el suplico se hacen distintas peticiones, pues considerando que el acta de Comunidad no estaba redactada de manera completa, se solicita que se complete; pero aceptando lo expuesto por la demandada y conocidos todos los datos necesarios, se reconoció que lo solicitado había perdido objeto.

Se solicita también que se deje sin efecto el acuerdo rechazando la instalación del ascensor por ser contrario a derecho, declarando su nulidad y reconociendo el derecho a la instalación en los términos del proyecto presentado sin necesidad de acuerdo mayoritario; con condena a cada uno de los codemandados a consentir la instalación con cesión de los metros cuadrados necesarios según el proyecto y los informes periciales que se presenten, y con abono por los miembros de la Comunidad del importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, lo que asciende la cantidad de 180 € mensuales. "

**"Segundo.-** Tras contestar a la demanda la representación procesal de la Comunidad y los propietarios de los pisos NUM002 y NUM003 , se excepcionó litisconsorcio pasivo necesario entendiendo que debía ser llamado al pleito el propietario del piso NUM001 sustituido por su heredero universal don Angel Leopoldo , lo que fue asumido desapareciendo la excepción planteada.

En definitiva y de manera simultánea contestaron todos los demandados, finalmente bajo la misma defensa letrada y con el mismo sentido de oposición.

Se planteó una falta de legitimación activa afirmando el fallecimiento del actor don Justino Jacobo mayor de setenta años, lo que no concurría en la otra actora D<sup>a</sup> Esperanza Modesta de 69 años al tiempo de la presentación de la demanda, negando que pudiese acreditar su estado de salud con nuevos documentos no presentados con la demanda.

Se explica que el verdadero motivo de oposición es que en cuanto a las viviendas la ocupación de espacios privativos supone que una alcoba italiana de 7,39 m<sup>2</sup> y de forma rectangular vería reducida su superficie a 5,05 m<sup>2</sup>, lo que estaría por debajo de los estándares de habitabilidad vigentes que exigen al menos 6 m<sup>2</sup>, sosteniendo que respecto de

viviendas con 90 m<sup>2</sup>, dejaría inservible una habitación, lo que supone un enorme perjuicio, en el caso del piso NUM001 agravado porque tiene la habitación al frente o calle siendo la habitación una de las mejores, quedando inutilizada.

En cuanto al bajo con actividad de almacenamiento en funcionamiento, el propietario habrá de reconfigurar el almacén de manera que la instalación del ascensor no le beneficia, todo lo cual explica la oposición de casi la totalidad de los integrantes de la comunidad , aportando un informe al respecto.

En definitiva entienden que con el fallecimiento del actor mayor de 70 años, no es posible que los actores busquen amparo en el artículo 10.1 b) de la LPH tras la reforma por la ley 3/2013, estimando inadmisibles la ocupación y que se entienda que no procede la indemnización a los afectados por la sostenida revalorización de las viviendas, recordando la doctrina sentada por la Sala 1<sup>a</sup> del TS en sentencia de Pleno de fecha 10 de octubre de 2011 , solicitando la desestimación de la demanda. "

**"Tercero.-** Concretada en la audiencia previa la pérdida de objeto de la pretensión de completar el acta de Comunidad que recoge el acuerdo impugnado, y la desaparición del litisconsorcio pasivo necesario invocado, hubo oposición a la presentación de nuevos documentos sobre el estado de salud de la actora D<sup>a</sup> Esperanza Modesta , estimando que la presentación era extemporánea, lo que fue rechazado con la consiguiente protesta.

En el acto del juicio, la prueba de la parte actora quedó limitada a la ratificación del informe pericial sobre el estado de salud de la actora D<sup>a</sup> Esperanza Modesta y la del propio perito sobre la obra de instalación y la afección a los comuneros, junto con la ratificación como testifical pericial del autor del proyecto de instalación del ascensor, mientras que la demandada propuso la ratificación del propio perito " .



**"Cuarto.-** En definitiva y desde el fondo, se plantea si para la instalación del ascensor pretendida, es de aplicación el régimen previsto en el artículo 10.1 b) de la LPH, o el régimen previsto en el artículo 17.2 de la LPH.

En el primer supuesto del artículo 10.1 b) la LPH establece que:

<<1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:...

b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las

subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce

mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido>>

En el supuesto no sería necesario siquiera el acuerdo de Comunidad que por tanto no podría oponerse como ha realizado con el acuerdo impugnado.

Sin embargo, los demandados pretenden que se de aplicación el régimen del artículo 17.2 de la LPH que establece que:

<<2. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 10.1 b), la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes>>.

En cualquiera de los casos el artículo 9 de la LPH establece que:

<<Son obligaciones de cada propietario:...

c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados>>. "

**"Quinto.-** Es claro que la aplicación de uno u otro régimen depende la valoración que se conceda al hecho de que al tiempo de la demanda el actor don Justino Jacobo tenía 70 años cumplidos, pero habiendo salido de la relación jurídico procesal por fallecimiento, se niega que la actora doña Esperanza Modesta cumpla los requisitos de edad al haber cumplido los 70 años solo durante la tramitación del pleito, o de estado de salud al no acreditar minusvalía.

El rechazo proviene de una interpretación del supuesto de hecho de conformidad con el sentido común y en favor de la economía procesal y de la voluntad del legislador.

Es claro que la demanda se presenta cuando el actor fallecido tenía los 70 años -cumplidos, por lo que teniendo en cuenta la teoría de la litis denunciación y la fijación de los efectos procesales al tiempo de demanda y contestación, se cumplían los requisitos.

Pero la demanda no estaba fundada de inicio y sólo en la legitimación activa de don Justino Jacobo, sino que se invocó también la edad de la actora doña Esperanza Modesta próxima a los 70 años, y su estado de salud.

Es entonces cuando negado por los demandados su condición de minusválida a estos efectos, la presentación de documentación y prueba sobre ese estado de salud no sólo era pertinente en función del sentido de la contestación a la demanda, sino que atendidas las excepcionales circunstancias

expuestas, resultaba absurdo no permitir valorar y probar lo que desde el inicio se había invocado y cuestionado.



*El requisito de fondo debe ser interpretado con sentido común, porque la situación descrita haría absurdo entender que el resultado del pleito deba depender de que se vuelva a presentar la demanda ahora que la actora doña Esperanza Modesta cumple el requisito de edad, lo que a nadie beneficia pues hay datos suficientes y contradichos para resolver lo oportuno.*

*En cualquier caso, ha quedado acreditado con el estado de salud de doña Esperanza Modesta descrito en el informe pericial, que es persona que amenazada de una artrosis que podría hacer necesaria una prótesis; por lo que con su edad y circunstancias, la minusvalía entendida como situación a valorar según los problemas de accesibilidad que se intentan evitar con la regulación legal, resulta evidente.*

*Hay doctrina que no niega la legitimación activa incluso si quien lo solicita no cumple el requisito de edad, aunque es claro que entonces no podría apoyarse en la regulación del artículo 10. 1. b); pero lo que no es preceptivo es que resulte ineludible interpretar el requisito de minusvalía de manera restrictiva, siendo muchos más razonable hacerlo teniendo en cuenta la discapacidad y relacionándola con la necesidad de la obra que se plantea.*

*También hay quien plantea qué sucede si resulta que mayores de 70 años se oponen a la instalación del ascensor, por las dificultades para asumir el gasto, o cómo sucede en este caso que en la contestación no han tratado los problemas de valoración del coste, por otras razones más determinantes, como sería la afección a la habitabilidad o funcionalidad de la vivienda.*

*La respuesta a la situación debe realizarse atendiendo al artículo 3.1 del Código Civil, interpretando la reforma legal y en definitiva la regulación de la norma vigente teniendo en cuenta que <<las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.>>*

*Con la nueva reforma, el legislador ha realizado una verdadera opción legislativa ponderando los legítimos intereses en conflicto, decantándose por la posición del mayor de 70 años o minusválido y para que se remuevan los obstáculos que surgen en orden a la adaptación de la vivienda; y lo ha hecho definitivamente en pro de la inexigibilidad siquiera de acuerdo de Comunidad.*

*Así las cosas, la instalación del ascensor pretendida se convierte en situación no discutible, salvo para la revisión de las restantes circunstancias y requisitos, con una ponderación que claramente valora que la instalación del ascensor y la adopción de medidas que permitan la accesibilidad, son en definitiva obras que con carácter general resultan muy beneficiosa para los usuarios y propietarios presentes y futuros de la propia Comunidad.*

*Más razonable sería cuestionar si de verdad se trata de obras necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal en relación con la concreta necesidad de la persona que reclama la instalación; y ciertamente del material probatorio y de las alegaciones realizadas, el resultado del juicio es que la discusión es formal, y que no se discute que la reclamación de la actora doña Esperanza Modesta no es fruto del capricho, sino que para ella el ascensor se presenta como una verdadera necesidad, y otra cosa será la ponderación con respecto a los intereses y necesidades de quienes se oponen, pero partiendo de la evidente opción del legislador al ponderar los intereses en conflicto. "*

**"Sexto.-** Sucede entonces que solo resta por resolver para la aplicación del artículo 10.1 b) si las obras que se pretenden resultan ser razonables.

*Debe recordarse que no se ha hecho cuestión acerca de que para la instalación del ascensor, lo pretendido es la única solución viable, lo que expresamente han reconocido los demandados.*

*A partir de aquí, las explicaciones ofrecidas sobre afección a la habitabilidad, sin duda deben ser ponderadas, cuando los demandados explican que se les ocupara su propiedad.*

*Debe analizarse el nivel de afección para resolver si resulta razonable, pero siempre partiendo de la posición del legislador con su opción legislativa.*

*El resultado de la prueba es claro en el sentido de la afección en cuanto a las viviendas para una habitación italiana, es decir interna o sin ventana al exterior.*

*Es claro que, sin perjuicio de que en la distribución interior cada propietario adecúe su vivienda en función de sus necesidades y posibilidades legítimas mientras no afecte con el uso de su propiedad a los demás, las habitaciones italianas son un concepto que no se valora en las normas vigentes sobre accesibilidad, por lo que invocarlas para defender que la obra no es razonable por infracción de las normas que de inicio se incumplen, carece de sentido, lo que no significa que no se valore la situación que los demandados describen.*



*Pero el resultado es que la afección no deja de ser razonable, aunque sin duda obligue a los copropietarios afectados a replantearse la distribución y posibilidades de la propia vivienda que ahora contará con servicio de ascensor.*

*El artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se define lo que se entiende por:*

*m) Ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos;*

*k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de <<diseño universal o diseño para todas las personas>>, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.*

*La ponderación que hace el juez atendiendo a la ponderación por la que a su vez ha optado el legislador, tras escuchar los informes periciales y en especial lo referente a la configuración de las viviendas, es el de una limitada pero razonable afección a las viviendas, teniendo en cuenta el espacio que será ocupado con la instalación del ascensor, con probable mayor afección en cuanto a la vivienda del bajo pero que no debe dejar de ser estimada asumible y razonable, y desde luego una mucho menor para el local dedicado a almacenamiento, que con un elevador interior que solo obligará a una reconsideración mínima de su ubicación, vea afectada de manera mínima su superficie. "*

**"Séptimo.-** Resuelto el régimen aplicable al supuesto de hecho y la correcta invocación por los actores del régimen del artículo 10.1. b), procede recordar que el legislador establece también lo siguiente en la misma norma.

*<<Teniendo en cuenta el carácter de necesarias u obligatorias de las actuaciones referidas en las letras a) a d) del apartado anterior, procederá lo siguiente:*

*a) Serán costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades, limitándose el acuerdo de la Junta a la distribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su abono.*

*b) Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.*

*c) Los pisos a locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras o actuaciones en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales.>>*

*Antes de ello, al artículo 10.1. b) ya establece la viabilidad de la instalación <<...siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido>>.*

*Es claro que este aspecto cuantitativo no ha sido discutido en el juicio, aun cuando la parte actora había planteado con sus informes las valoraciones de obras y las indemnizaciones correspondientes en función de una afección que valora también la revalorización de unas propiedades que pasan a contar con ascensor.*

*No podrá resolverse ahora al respecto, debiendo ser objeto de la correspondiente junta de propietarios, pues tampoco es una pretensión que se haya llevado al suplico de la demanda.*

*Como tampoco se ha llevado al suplico si la oposición de los demandados al pago de las obras, habría de generar que quien no asuma los gastos debe ser sancionado con la negación del uso del ascensor, lo que se defiende con invocación de la teoría del enriquecimiento injusto, asumiendo que no es previsión que se encuentre recogida en la LPH, que simplemente prevé la posibilidad de que los propietarios que demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes*



*dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa, y que los pisos o locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras*

*o actuaciones en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales; por lo que sin perjuicio de recordarlo, no es posible que esta resolución vaya más allá de lo expuesto.*

*Sea como fuere, como es lógico debe entenderse que cuando la actora solicita que se condene a los demandados al abono del importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, lo que asciende a la cantidad de 180€ mensuales salvo error u omisión, es porque está asumiendo el exceso en el coste de las obras, sin perjuicio de su posible aplazamiento en años, sin que tampoco esta circunstancia haya sido cuestionada por los demandados.*

*En tales términos y con estas limitaciones expuestas, la demanda debe ser estimada. "*

**"Octavo.-** *No obstante la estimación de la demanda, se aprecian razones excepcionales para no imponer las costas del procedimiento.*

*Se aprecia que la decisión es fruto de una nueva regulación legal, y de una ponderación difícil de los intereses en conflicto que realiza en primer lugar el legislador y después el juez, restando cuestiones pendientes entre las partes, a las que se insta a trabajar en el deseable acuerdo, partiendo de las cuestiones que con esta resolución y en caso de ganar firmeza, habrían quedado zanjadas. "*

**II.-** *Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los demandados, realizando las siguientes alegaciones:*

**1º)** *Error material en la sentencia cuya corrección ha sido desestimada por el Juzgador.*

*Al amparo de lo establecido en el Art. 214.3 de la LEC , se interesó la corrección del siguiente error material padecido en Sentencia:*

*En el Fundamento Jurídico Séptimo (último párrafo) y en el Fallo, se establece la obligación de los demandados de abonar el importe de 12 mensualidades de gastos comunes "lo que asciende a 180 € mensuales salvo error u omisión"*

*Pues bien, como indicó la parte actora en su demanda (Hecho Undécimo), los gastos de comunidad ordinarios ascienden al importe de 15/euros/mes, por lo que la obligación de los demandados debe ser la de abonar 180 euros en total (15 euros x 12 meses) y no 180 euros mensuales.*

*Así mismo se interesa en el suplico de la demanda "se condene a cada uno de los vecinos demandados... c) a abonar, en todo caso, el importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, lo que asciende para cada uno de ellos s.e.u.o a ciento ochenta euros" (y no 180 euros/mensuales, como erróneamente recoge la sentencia).*

*Por esta parte se solicitó la corrección referida, desestimando "de plano" el Juzgador la petición ya que la sentencia, según se razona en providencia de 20 de octubre de 2016 "solo hace que reflejar una cifra que es la recogida en el escrito de demanda estimada y en el suplico, incluso con la previsión de salvo error u omisión, por lo que, en cualquier caso, al no ser una circunstancia discutida entre las partes en el pleito, no se aprecia el error material que se pretende".*

*El error material que se denuncia está en concederle al importe de pago un carácter mensual, 180 euros/mensuales (o lo que es lo mismo 2.160 euros) en vez de 180 euros en total y no mensuales, como se solicitó en el suplico de la demanda, y se razonó en el hecho undécimo de la misma.*

*La denegación de la corrección pretendida nos obliga a acudir a la alzada para su rectificación.*

**2º)** *Vulneración de los artículos 265 y 338 de la LEC y análisis de la valoración dada por el juzgador a las pruebas medidas aportadas por la actora.*

*Permite el Juzgador de Primera Instancia, pese a la protesta de esta parte, la aportación por la parte actora, en un momento posterior a la demanda, de los documentos en que funda su derecho (Informe Médico relativo a la salud de la actora, documento sobre el fondo del asunto que ampara su legitimación).*

*La referida documental debió ser adjuntada a la demanda, vulnerando, su aportación posterior (una vez contestada la demanda) el derecho de defensa de los demandados.*

*Razona la parte demandante en su demanda que aportará tal informe "para el supuesto en que la parte demandada cuestione y contradiga la situación de necesidad médica de Don Justino Jacobo y Doña Esperanza Modesta ."*



Razona la parte demandante en su demanda que aportará tal informe "para el supuesto en que la parte demandada cuestione y contradiga la situación de necesidad médica de Don Justino Jacobo y Doña Esperanza Modesta ."

Pues bien, en los Arts. 265 y 339 de la LEC que entendemos han sido vulnerados se precisa:

*"Artículo 265 Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto.*

*1. A toda demanda o contestación habrán de acompañarse:*

*1º.- Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden...*

*...4º. Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley. En el caso de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o con la contestación el dictamen, sino simplemente anunciarlo de acuerdo con lo que prevé el apartado 1 del artículo 339.*

*3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo intereses o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda."*

La relevancia de la situación médica de la actora no se pone de relevancia sólo con la contestación a la demanda, sino que es relevante ab initio, al ser la pretendida situación incapacitante de Doña Esperanza Modesta , la circunstancia que la legitima para reclamar la instalación del ascensor.

El art. 337 establece:

*"Artículo 337 Anuncio de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación.*

*Aportación posterior.*

*1. Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.*

*2. Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio regulado en los artículos 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.*

*Artículo 338 Aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda.*

*Solicitud de intervención de los peritos en el juicio o vista.*

*1. Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del artículo 426 de esta Ley.*

*2. Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, manifestando las partes al tribunal si consideran necesario que concurran a dicho juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337.*

*El tribunal podrá acordar también en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista en los términos señalados en el apartado 2 del artículo anterior".*

Es evidente que el Art. 337 no es aplicable al presente supuesto ya que la actora no argumenta la no aportación de Informes Médicos sobre factores de imposibilidad, y, tampoco puede acogerse a los términos del Art. 338 en base a que la relevancia en los autos de la supuesta situación discapacitante de Doña Esperanza Modesta no la suscita la parte demandada con su contestación a la demanda, sino que la importancia del tal cuestión parte desde el inicio, desde la interposición de la demanda al ser la base que legitima a la actora para la reclamación de la instalación del ascensor.

El juzgador de Primera Instancia, dicho con todos nuestros respetos y en estrictos términos de defensa, al permitir la aportación de la documental referenciada, ha vulnerado el procedimiento y el derecho a la tutela judicial efectiva de ésta parte.





### 3º) Valoración que el jugador otorga a la pericial médica aportada por la actora.

Por otra parte, el valor que el Juzgador otorga al Informe Médico del Sr. Landelino Fidel , de fecha posterior a nuestra contestación a la demanda, es, a nuestro juicio erróneo, pues el mismo en nada demuestra que Doña Esperanza Modesta padezca una enfermedad de carácter discapacitante, entendiéndose tal discapacidad como una minusvalía que menoscabe de forma considerable su viabilidad de subir las escaleras del inmueble.

La primera vez que se diagnostica artrosis a la actora es en fecha 21/10/2015 ( "*gonorartrosis incipiente*".- Informe emitido por el Dr. Benito Fidel de Arriaza Asociados, de fecha posterior a la presentación de la demanda, y de fecha posterior a la Junta de Propietarios de 28/5/2015 por la que se aprueba el acuerdo objeto de impugnación); tres meses después (25/01/2016), una vez contestada la demanda, el Médico de Atención Primaria (como refleja el Informe del Dr. Landelino Fidel ) diagnostica gonorartrosis bilateral moderada-severa, y , finalmente, el Dr. Landelino Fidel que declara en el acto del Juicio, en su informe (de fecha 20 de marzo de 2016) concluye que la patología que padece la Sra. Esperanza Modesta evolucionará con el tiempo, por lo que hoy, por hoy, según el relato histórico de la paciente "... *presenta dolor tras caminar unos 800 o 1000 metros, debiendo parar por las molestias, y no pudiendo subir más de dos pisos sin detenerse*"

¿Dónde está la situación discapacitante de la demandante que justifique la imposición de servidumbres en las viviendas de los demandados que les haga perder a todos ellos una de las habitaciones de sus pisos?.

La única referencia que tenemos de la situación de la actora, diagnosticada por traumatólogo, es la del Sr. Benito Fidel de 21/10/2016 que refiere gonorartrosis incipiente (ese informe no se aporta a las actuaciones sino que simplemente se menciona como referencia); la siguiente referencia médica que hay (de la que tampoco se aporta documental) es la del Médico de Atención Primaria, que no tiene la especialidad de traumatología (y para el que en 4 meses, la gonorartrosis incipiente ha derivado a una gonorartrosis bilateral moderada-severa). Y, finalmente el Dr. Landelino Fidel (que tampoco es traumatólogo) refiere la existencia de una patología degenerativa y que evolucionará señalando "*La evolución de la gonoartrosis en la mayor parte de los casos evoluciona con el tiempo*".

Todo ello nos lleva a concluir, como en su día concluyó el equipo del Dr. Andres Ramon que la gonoartrosis es incipiente, lo que en modo alguno puede equipararla a una situación discapacitante que conlleve la constitución de servidumbres en las viviendas de los demandados.

Lo expuesto implica que el Tribunal debe ponderar, por un lado, la clase y tipo de minusvalías físicas o la edad de los concretos peticionarios (a la fecha de presentación de demanda Doña Esperanza Modesta no cuenta con 70 años;

edad que alcanza tras la celebración de la audiencia previa, y sus problemas de salud a día de hoy no son equiparables a una minusvalía) y, por otro, el derecho a la propiedad privada de los demandados y la gravedad de las servidumbres que se pretenden imponer.

### 4º) Vulneración de los artículos 17.2 y 10.1 de la LPH .

El Art. 10.1 b) de la LPH permite, sin contar con las mayorías simples establecidas en el Art. 17.2 exigir la eliminación de barreras arquitectónicas a aquellas personas con discapacidad o mayores de 70 años.

Pues bien, la actora, en el momento de la celebración de la Junta de 28/05/2015, no cuenta con 70 años, y, tampoco los tiene en el momento de presentación de la demanda, sino que los cumple a lo largo de la sustanciación del presente procedimiento, concretamente el 25/6/2016, es decir tras la contestación a la demanda y tras la celebración de la audiencia previa.

A pesar de ello, es decir a pesar de no reunir el requisito de la edad, el Juzgador, le otorga la razón a la parte actora en aras motivaciones de sentido común y de economía procesal, y entendemos que ello es también una clara vulneración de la legalidad vigente pues los términos del art.10.1 b) de la Ley son claros, en modo ambiguos y no permiten interpretación, la actora para poder acogerse a la posibilidad de instalar el ascensor en el inmueble debe ser mayor de 70 años, y esa circunstancia entendemos debe concurrir al inicio del procedimiento, y no en el desarrollo del mismo, tras la celebración de la audiencia previa.

### 5º) Ponderación de los intereses en juego.

Sentado todo lo anterior (error material de la sentencia, aportación de documentos sobre el fondo del asunto en momento procesal no procedente, inexistencia de minusvalía de la actora, falta del requisito de la edad), debemos ponderar los derechos que entran en juego en el presente procedimiento; por un lado están los derechos de la actora a su no discriminación como supuesta minusválida y a la accesibilidad y habitabilidad del inmueble, por otro lado el derecho de propiedad privada de los demandados.

El Tribunal Supremo ha venido a señalar que es preciso valorar y ponderar los



intereses en juego, indicando la compatibilidad del derecho de servidumbre con la ocupación de una parte de un bien privativo a fin de instalar un ascensor.

Esta regla permite imponer esa servidumbre para la creación de servicios de interés general, con oportuno resarcimiento de los daños y perjuicios y siempre y cuando el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2012 dice: *" Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los problemas surgidos en aquellas ocasiones en las que la instalación de un ascensor, en aquellos inmuebles que no tienen ese servicio, exige la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa, ocupación, que con carácter general no va a contar con el consentimiento del propietario afectado. El problema se ha resuelto a partir de la ponderación de los bienes jurídicos que se ven afectados. De un lado el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad, y de otro el de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizará la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble"*.

Se ha declarado con valor de doctrina jurisprudencial que la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de una parte de un espacio privativo, siempre que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.

Los perjuicios ocasionados en las viviendas de los demandados son evidentes. Se afecta de tal forma a una habitación, destinada a dormitorio, que la misma debe dejar de prestar tal servicio, para, como señalan los técnicos de la parte actora, pasar a convertirse en espacio para almacenaje.

El plano aportado con la demanda (Informe del Aparejador Sr. Eugenio Raimundo ) y cuya copia se acompaña, refleja que, por ejemplo, el piso NUM001 , con menor superficie que el resto de las viviendas por hallarse retranqueado en fachada, y con su dormitorio principal con la habitación italiana que da a la sala (con vistas a la c/ DIRECCION000 ), al perder esa italiana deberá trasladarse el dormitorio a una habitación interior, sin ventilación, y, así cuando se reciban visitas (por ejemplo familiares), para dormir, ya no habrá más habitaciones disponibles.

Sorprende igualmente el hecho de que el Juzgador permita la constitución de servidumbre sin indemnización a los demandados, pareciendo aceptar la tesis de la actora de que no ha lugar a indemnización ya que los pisos al dotárseles de ascensor, en vez de verse perjudicados, se revalorizan; revalorización que, consideramos, no opera ni en el bajo, ni en el piso NUM001 ; y que, en cualquier caso, la ley no permite eludir al establecer servidumbres.

El art.1º.1 de la LPH es tajante en dicho extremo y no alcanzamos a comprender por qué habiendo esta parte planteado en su contestación a la demanda la inviabilidad de establecer una servidumbre sin indemnización, el Juzgador no se pronuncia sobre tal extremo, a no ser que entienda, como parece deducirse de la sentencia, que resten *"...cuestiones pendientes entre las partes, a las que se insta a trabajar en el razonable acuerdo..."*.

Si bien en el bajo los perjuicios en principio serán entre otros los relativos a la paralización de actividad durante el tiempo de instalación de las obras, y a la valoración de los m2 ocupados; sin embargo en las viviendas los perjuicios serán aún mayores pues como se evidencia en el plano incorporado a las actuaciones por el Aparejador Sr. Eugenio Raimundo , la habitación italiana afectada ve reducida su superficie de 7,39 m2 a 5,05 m2 y cambia de tal forma su configuración que la misma deja de ser habitación para, como se razona por los peritos de la parte contraria, convertirse en espacio de almacenaje.

A todo esto debemos unir el trastorno que ocasionarán las obras a los propietarios, concretamente la del piso NUM003 , Doña Magdalena Yolanda , con 82 años de edad; y que se niega a instalar el ascensor.

Nos sorprende el hecho de que la actora acuda a la vía del art.10.1 de la LPH y costee la mayor parte del ascensor, y ya no solo las obras, sino también los gastos mensuales de mantenimiento etc.; frente a ello nos preguntamos si no le saldría más económico vender la propiedad e invertir esa cantidad (y los 60.000 euros que piensa invertir en la instalación del ascensor) en la compra de una nueva vivienda con ascensor. Frente a ello, volvemos a repetir, no deja de sorprendernos que Doña Esperanza Modesta prefiera afrontar la totalidad del coste de dicha instalación y gastos de mantenimiento enfrentándose a todos los vecinos de la Comunidad de Propietarios (algunos con más de 80 años de edad), que se niegan a dicha instalación, justificadamente, porque no están dispuestos a perder una de las habitaciones de su vivienda; porque no quieren verse metidos a su edad en unas obras de tal consideración, y lo no menos importante, porque son todos ellos pensionistas y no podrían hacer frente tampoco a los gastos que dicha instalación genera.



Debe ponderarse también, en el presente procedimiento, para la actora supone un menor perjuicio adquirir otra vivienda con ascensor (es evidente que puede permitírsele), que, para los demandados, todos ellos pensionistas (con pequeñas pensiones), perder una de las habitaciones de sus respectivas viviendas.

#### 6º) Conclusiones.

1.- Existe un claro error material en Sentencia que el Juzgador de Primera

Instancia rechaza corregir, lo que nos parece desacertado.

2.- Cuando se interpone la demanda la actora no aporta la documental en que funda su legitimación para poder exigir la instalación del ascensor, infringiendo con ello los arts.265 , 337 y 338 de la LEC .

3.- Cuando presenta la demanda la actora no tienen más de 70 años; edad que alcanza tras la audiencia previa; por ello la edad no le sirve de argumento para exigir la instalación del ascensor, y entendemos que no pueden utilizarse argumentos de "economía procesal" para justificar su petición.

4.- La enfermedad que padece la actora es una "gonoartrosis incipiente", y no una discapacidad o minusvalía que permita la servidumbre que pretende imponer a sus vecinos.

5.- Esta parte se niega a la instalación del ascensor (además de porque la actora no cuenta con más de 70 años en el momento de presentar la demanda, no padece una discapacidad) por que las viviendas de 80 m2 se ven obligadas a perder una de las dos habitaciones italianas con que cuentan, tratándose de viviendas con unos 80 m2; a mayores esta parte entiende que la actora pretende constituir la servidumbre sobre los pisos sin indemnizar y estableciendo una compensación entre perjuicios y revalorización de las viviendas con la instalación del ascensor, algo que no viene avalado por el art.10.1 de la LPH .

III.- En escrito de oposición al recurso de apelación, por la representación procesal de Doña Esperanza Modesta se realizaron las siguientes alegaciones:

Previa.- En primer lugar, debe centrarse el objeto de la controversia, que no es otro, que la negativa de una Comunidad de Propietarios ( NUM004 , NUM001 , NUM002 NUM003 piso) a acceder a que se instale un ascensor en su edificio, y ello, pese a que para mi poderdante, de 70 años y con una artrosis degenerativa, vivir en un NUM005 piso sin ascensor, supone como a nadie se le escapa, un lastre a vivir con normalidad en la que ha sido su casa durante toda su vida. Una cuestión de justicia social que debe ir más allá de intereses particulares, como además, ha recogido la legislación aplicable y las últimas tendencias jurisprudenciales, y como acertadamente razona la sentencia de instancia, que debe ser confirmada, como se verá, en su integridad.

Es más, la propia contestación a la demanda recogía (pág. 4 penúltimo párrafo) que la gente que vive en los distintos pisos es gente mayor, acostumbrada a recibir a sus nietos en casa. Por ello, por mucho que en este momento no se percaten, tener una vivienda accesible es una necesidad de todos ellos, como mucho en el medio plazo, que va a evitar o facilitar situaciones de dependencia

en un futuro no muy lejano, función social que ha de cumplir la vivienda dentro del ámbito de la dignidad de la persona. Llama especialmente la atención, (pág. 12 del propio escrito de apelación) el caso de la vecina del NUM003 con 82 años de edad que se niega a instalar el ascensor por el presunto trastorno que le generarían las obras.

Ello además, sin querer entrar en valoraciones ajenas como si a mi poderdante le saldría más económico o no, vender la propiedad e invertir esa cantidad en la compra de otra vivienda con ascensor, (pág. 12 del recurso), algo que no sólo se alega ahora por primera vez en segunda instancia, sino que además, carece, dicho sea con todos los respetos, del más mínimo rigor jurídico, por lo que esta cuestión, ni tan siquiera será abordada.

1º) Sobre el fallecimiento sobrevenido de uno de los actores: si se ha aportado la documentación necesaria para poder exigir instalación del ascensor.

En el escrito interponiendo recurso de apelación, se insiste hasta la saciedad, en que no se ha cumplido uno de los requisitos básicos de la acción ejercitada, pues el informe pericial medico sobre la enfermedad de Doña Esperanza Modesta se aporta con posterioridad a la demanda, y se vulnera por ende, lo dispuesto por los artículos 265 y 338 de la LEC .

Pero se obvian y omiten en el texto del recurso, diversos hechos que si han sido tenidos en cuenta por el juez de instancia, y razonados en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de 17 de octubre de 2016 , para concluir que desde este punto de vista: "la instalación del ascensor pretendida se convierte en situación no discutible, salvo para la revisión de las restantes circunstancias y requisitos" .



Y es que la demanda se interpone por D. Justino Jacobo y Esperanza Modesta como matrimonio que ha vivido toda su vida en esta vivienda familiar sita en el NUM005 piso de la calle DIRECCION000 de A Coruña (hecho primero de la demanda). Pero se interpone conjuntamente, no solo porque la vivienda sea ganancial, que también, sino y sobre todo, porque los serios problemas de salud de ambos, les dificultan acceder a dicho inmueble.

A ello se une una circunstancia especial y de gran trascendencia, y es que Don Justino Jacobo tenía ya los 70 años que prevé la Le 15 1995 de 30 de mayo,

sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Así, el artículo 1.3 de esta ley, establece expresamente que los derechos que reconoce a las personas con minusvalía física podrán ejercitarse por los mayores de setenta años sin que sea necesario que acrediten su discapacidad. En consecuencia, nada más hubiese sido necesario acreditar, aunque aun así, y en un importante esfuerzo probatorio, se aportaron como documentos 5 a 10 adjuntos a la demanda informes médicos donde se constataba su delicado estado de salud.

A mayor abundamiento, y en un ejercicio de una rigurosidad máxima, ya en el hecho segundo del escrito de demanda, se hacía referencia a que se había solicitado informe médico para acreditar la artrosis de Doña Esperanza Modesta, documento que acreditaría las dificultades reales de la actora, y que sería aportado a autos, tan pronto como se dispusiese de él, algo que se reiteraba en el Otrosí Digo Segundo de aquel escrito rector para que se tuviese por anunciada la correspondiente pericial. Además, durante el curso del procedimiento, cumple también 70 años, pasando a concurrir en su persona, aquel requisito del artículo 1.3 de la mentada ley 15/1995.

Lamentablemente, el 5 de agosto de 2015, Don Justino Jacobo fallece, pasando a ostentar la legitimación activa únicamente su viuda, Doña Esperanza Modesta, quien actúa en su propio nombre y Derecho y en el de la comunidad hereditaria que forma con sus hijos.

A este respecto, esta parte comparte el razonamiento del juez de instancia que además del "*propio sentido común*", valora instituciones jurídicas como: la economía procesal, la voluntad del legislador, teoría de la litis denunciación, y la fijación de los efectos procesales al tiempo de la demanda y la contestación.

**2º)** Sobre la situación personal de la actora, D<sup>a</sup> Esperanza Modesta, que cumple los requisitos legales para exigir la instalación del ascensor.

Además, de tener ya 70 años cumplidos desde el 25 de abril de 2016, la situación médica de la actora (en su día también de su ya fallecido marido), hace que no pueda subir cinco pisos de escaleras en condiciones normales, como ha confirmado el perito médico Dr. Landelino Fidel en su informe, y sin que por la apelante, se haya practicado prueba alguna en sentido contradictorio.

Así, lo ha entendido el juzgador de instancia, quien a la vista de la prueba practicada, concluye que: "*ha quedado acreditado con el estado de salud de D<sup>a</sup> Esperanza Modesta descrito en el informe pericial, que es persona que amenazada de una artrosis que podría hacer necesaria una prótesis; por lo que con su edad y circunstancias, la minusvalía entendida como situación a valorar según los problemas de accesibilidad que se intentan evitar con la regulación legal, resulta evidente*" (párrafo 7º del Fto. Dcho. Quinto de la Sentencia).

En todo caso, no debe perderse de vista, que es doctrina conocida que la valoración de la prueba le corresponde exclusivamente al juez de primera instancia (STS 680/1999 de 27 de Julio, RJ 1999/6578, a título de ejemplo).

**3º)** Aplicabilidad del artículo 10.1.b) LPH para la instalación del ascensor.

El precepto legal que fundamenta y ampara el petitum de la demanda es el artículo 10.1 b) de la Ley de Propiedad Horizontal, en lo sucesivo simplemente LPH, que reza el siguiente tenor literal, en su redacción dada por el número cuatro de la Disposición Final Primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas:

*"1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:*

*b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez*



*descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido."*

Este precepto, de reciente incorporación a un texto normativo como la LPH, tiene su origen en la constante inquietud de velar por la accesibilidad de las personas a sus viviendas, función social que ha de cumplir la propiedad, haciendo efectivo a las personas minusválidas el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los artículos 47 y 49 de la Constitución Española y, en consecuencia, con lo establecido en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Así lo recoge, el artículo 1.1. de la todavía vigente Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras

arquitectónicas a las personas con discapacidad o mayores de setenta años, a la que remite nuestra normativa autonómica, en concreto:

- La Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia ( artículo 22.3); y El Decreto 35/2000, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 40.3).

- A la vista de este precepto legal, de preferente aplicación respecto el invocado 17.2 LPH, como señala la sentencia recurrida en el primer párrafo de su fundamento de derecho sexto, *"solo resta por resolver para la aplicación del artículo 10.1 b ) si las obras que se pretenden son razonables"*

**4º) Sobre la acertada ponderación de los intereses en conflicto por parte de la sentencia de instancia.**

Se propone una instalación que cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia para consentir la instalación (jurisprudencia que se hacía constar en el escrito rector de demanda):

i. Que no afecte a la seguridad estructural: esto no ha sido discutido por ninguna de las partes, no es un hecho controvertido, es más, todos los peritos, han coincidido en que la propuesta del anteproyecto es la única posibilidad de instalar el ascensor en el edificio en cuestión.

ii. Que no suponga pérdidas relevantes de funcionalidad.

iii. Que no suponga pérdidas relevantes de habitabilidad.

iv. Que sea proporcional el coste con el beneficio que reporte.

Este último es el argumento principal de la parte apelante, que entiende que el ascensor priva a cada piso de la utilización de una habitación, lo que a su entender genera un perjuicio inasumible, y además, incumpliría la normativa de habitabilidad porque una habitación no podría ser nunca inferior a 6 m<sup>2</sup>. Es más, incluso en el caso del bajo comercial, no se llega a concretar cómo y en qué afectaría o impediría la actividad, ya que el propio perito recoge en su informe una afirmación genérica *"pérdida de espacio de un negocio útil como almacén"*, sin ninguna precisión, cuantificación o argumento adicional.

Pero ello no es cierto. Y así se confirma en el riguroso y detallado informe del perito arquitecto superior D. Raimundo Victoriano elaborado a instancia de esta parte, y que aclarado y completado en la vista celebrada, permite concluir:

A. En relación con el NUM004, no se afecta a la actividad de almacén, que podrá seguir ejerciéndose en las mismas condiciones -apenas el traslado de alguna estantería-.

B. En relación con la funcionalidad de los pisos, se afecta un área de 2,40 m<sup>2</sup> en una de las estancias, pasando estas de 7 a 5 metros aproximadamente. Ahora bien, no puede admitirse la afirmación de que se perderían 5 dormitorios -uno en cada piso- porque ello no se ajusta a la realidad. En primer lugar, porque ni el NUM006 ni el NUM005 tienen una cama en ese espacio, como se observa en las fotografías del informe del Sr. Raimundo Victoriano, pero sobre todo, porque con independencia de que se haya forzado la ubicación de una cama en ese espacio -nótese que en la foto del Sr. Eugenio Raimundo del piso NUM001 hasta la puerta de acceso tropieza con la cama-, el propio proyecto de construcción del edificio preveía que eso fuese un gabinete, y no un dormitorio; gabinete auxiliar del dormitorio que da a la calle, uso auxiliar que sigue siendo perfectamente viable y factible.

C.

No debe perderse de vista que los propietarios adquirieron en su momento, una vivienda con dos dormitorios (puede verse en el anexo del informe del perito de esta parte, uno a la calle y otro a un patio de luces) y un



comedor, todos ellos con sus gabinetes anexos a modo de 1o denominado vulgarmente "*alcoba italiana*", y con la instalación del ascensor seguirían teniendo esos mismos dormitorios, ahora bien, uno de esos gabinetes anexos, si se vería reducido en esos 2,40 m<sup>2</sup>.

Es más, el espacio no quedaría inservible, y las posibilidades de ese espacio también las describe el perito Sr. Raimundo Victoriano (pág. 15 penúltimo párrafo de su informe).

Acertadamente la apelante ya no incluye como motivo de recurso, un eventual problema de habitabilidad que si esgrimía en su contestación a la demanda, porque como señala el párrafo 6º del fundamento de derecho sexto de la sentencia : "*(...) las habitaciones italianas son un concepto que no se valora en las normas vigentes sobre accesibilidad, por lo que invocarlas para defender que la obra no es razonable por infracción de las normas que dé inicio se incumplen, carece de sentido (...)*".

En todo caso, no debe perderse de vista, que no se afectan de manera relevante las condiciones de habitabilidad. Es el mismo perito Sr. Raimundo Victoriano , quien hace alusión a las condiciones propias de un edificio de 57 años, que en estos momentos ya no cumpliría habitabilidad: 1) por no tener ascensor al superar dos plantas, y también, 2) porque esas "*alcobas italianas*" tampoco, por no tener iluminación natural y ventilación. El propio Decreto 29/2010, prevé en su art. 16 a mayor abundamiento, el trámite de excepción, para situaciones de ampliación o rehabilitación de viviendas existentes, y citamos textualmente: "*que como consecuencia de la configuración física de la edificación resultase imposible el cumplimiento íntegro de las determinaciones de estas normas*".

Así lo ha razonado Su Señoría, al concluir que estamos ante una "*limitada, pero razonable afección a las viviendas*" (último párrafo del Fto. Dcho. Sexto de la sentencia recurrida).

Pero además, en aras a facilitar la ponderación de los costes/beneficios de tal instalación, en el informe pericial del arquitecto D. Raimundo Victoriano se ha realizado un estudio pormenorizado de todo ello, (apartado 3.3. pág. 14 de su informe), aunque es notorio y no necesitaría mayor prueba que hoy por hoy, un piso sin ascensor tiene muy limitadas sus posibilidades en el mercado.

Así, estamos ante una afección del 2,5% en el NUM001 piso, y del 2,3% en los restantes, frente a unas revalorizaciones del 15,42%, 22,93%, 40,79%, 64,60%, 97,93% de las viviendas -a salvo de la particularidad del NUM004 - por lo que como acertadamente concluye el referido perito (apartado 5, pág. 19 del informe del Sr. Raimundo Victoriano ) el juicio de proporcionalidad debe ser favorable a las pretensiones de esta representación; en concreto:

*"Dada la configuración del edificio, es inevitable afectar a espacios privativos en proporciones mínimas que no reducen significativamente las condiciones de habitabilidad actuales, ya que los espacios residuales de las habitaciones afectadas pueden dedicarse a otros usos, o incorporarse a las habitaciones vecinas. Tales cargas, así como los costes de ejecución, son proporcionadas y asumibles y resultan ampliamente compensadas por Los beneficios, tanto de accesibilidad como económicos, de la propuesta".*

Y ello justifica la no indemnización de esos metros invadidos por quedar altamente compensados por la revalorización de los inmuebles, e incluso, posibilitar la restricción de uso, para evitar el enriquecimiento injusto de aquellos que sin sufragar la instalación pretenderían en última instancia beneficiarse de ella.

Finalmente debe realizarse una breve mención a la necesidad de resarcir los daños y perjuicios que tal servidumbre genera a los propietarios (pág. 10 del recurso de apelación), algo que es del todo inadmisibile. En primer lugar, porque como ha sido detallado, cualquier indemnización se ve más que compensada por las revalorizaciones de los inmuebles, pero sobre todo, porque no se ha llevado al debate en sede judicial. Para ello, hubiese resultado imprescindible formular la oportuna reconvencción, y/o al menos, desplegar prueba en aras a acreditar y sobre todo cuantificar tales daños.

En consecuencia, debe rechazarse cualquier indemnización a favor de los propietarios del NUM004 , piso NUM001 , NUM002 y NUM003 , como consecuencia de la instalación del ascensor de referencia.

**SEGUNDO.-** La primera cuestión que se plantea en el recurso de apelación es la referente a error material en la sentencia cuya corrección ha sido desestimada por el juzgador de instancia. En concreto, en cuanto se establece en la sentencia apelada la obligación de los miembros de la comunidad de abonar la cantidad de 180 euros mensuales durante doce mensualidades, cuando, en realidad, las doce mensualidades de gastos comunes asciende a la cantidad de 180 euros, al ser cada mensualidad de dichos gastos de 15 euros.

Según parece, dados los términos en que se expone la demanda, la cuota mensual de gastos comunes no asciende a la cantidad de 180 euros mensuales, pero también tenemos que tener en cuenta que este tribunal no dispone de datos fehacientes que acrediten que la cuota mensual sea de 15 euros, -aun cuando esta cantidad es la que se dice en la demanda-, por lo que, aun estimando el recurso de apelación en este extremo, lo hacemos



en el sentido de que los demandados deberán abonar el importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes.

**TERCERO.-** Entrando en el examen de la cuestión de fondo, en primer lugar tenemos que resolver las alegaciones del escrito de recurso de apelación, referentes a la indebida admisión de la prueba documental aportada por la parte actora, y a la errónea valoración que le otorga el juzgador de instancia a la prueba pericial médica aportada por la actora.

La admisión de la prueba documental resulta procedente ya no sólo por cuanto la necesidad de su solicitud y declaración de pertenencia, deriva de las alegaciones del escrito de contestación a la demanda, sino también porque, en todo caso, en la fecha de presentación de la demanda, la legitimación para presentar la demanda, al encontrarse incluido en los supuestos previstos, en el art. 10.1 b) de la Ley de Propiedad Horizontal, por haber cumplido 70 años, le correspondería a Don Justino Jacobo, sin que fuera necesario que su cónyuge D<sup>a</sup> Esperanza Modesta cumpliera también las condiciones exigidas legalmente en el precepto legal referido, necesidad que surgió a partir de la fecha de fallecimiento de Don Justino Jacobo, al tener que acreditar que reunía las condiciones de legitimación su viuda Doña Esperanza Modesta, que se vió obligada a presentar prueba sobre dichos extremos.

Por otra parte, si los demandantes ostentaban legitimación en la fecha de la presentación de la demanda, por haber cumplido Don Justino Jacobo la edad de 70 años, lo mismo tenemos que decir con respecto a la legitimación de Doña Esperanza Modesta, después del fallecimiento de aquel, pues aunque esta última no tenía 70 años en la fecha de la presentación de la demanda, cumplió dicha edad durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia, por cuanto de no estimarlo así estaríamos actuando contrariamente al principio de economía procesal, obligando a la demandante a plantear una nueva demanda, cuando, ni siquiera, ningún perjuicio le causa a los demandados la continuación del presente procedimiento.

En todo caso, la edad de la demandante a la fecha de la presentación de la demanda, 69 años cumplidos y la artrosis que padece, se estiman suficientes para acreditar la situación de minusvalía que exige el artículo 10.1. b) de la Ley de Propiedad Horizontal para ostentar legitimación para solicitar la instalación de un ascensor, como obra necesaria en materia de accesibilidad.

**CUARTO.- I.-** Tal y como se hace constar en la sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 99/2016, de fecha 10.03.2016, en relación con la evolución histórica legislativa que sufrió la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con objeto litigioso.

*"Uno de los problemas más actuales en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal es el relativo a la instalación de aparatos elevadores en aquellas casas que no estaban dotadas de este sistema. El progresivo envejecimiento de la población, la mayor esperanza de vida (con el consiguiente incremento de personas que sufren deterioros físicos más o menos importantes con el paso de los años), y obviamente las exigencias de una mejor calidad de vida, nos muestra una realidad social que está revisando los conceptos urbanísticos y la habitabilidad de los edificios. Una de las primeras exigencias es que, en edificaciones más o menos antiguas, que en su momento se construyeron sin aparato elevador, hoy se desea instalar, al haberse convertido en una necesidad básica para conseguir una mínima confortabilidad en nuestros hogares. Y no sólo pensando en las personas mayores, sino también los jóvenes lo demandan para usos tan elementales como subir la compra o el cochecito del niño.*

*No puede soslayarse la evolución histórica legislativa que sufrió la Ley de Propiedad Horizontal, que puede resumirse en las siguientes etapas temporales:*

**(a)** El texto original de la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 16.1<sup>a</sup>, exigía la unanimidad, el consentimiento prestado de forma expresa o presunta por parte de todos y cada uno de los miembros de la comunidad en división horizontal.

*Sin embargo, jurisprudencialmente se advirtió que una exigencia rigurosa de la unanimidad podía desembocar en situaciones fácticas manifiestamente injustas («dura lex, sed lex»). Así la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1994 (RJ Aranzadi 6435), en atención a la minusvalía de algunos de los comuneros y que el opositor no estaba obligado al pago de los gastos de mantenimiento, consideró suficiente la mayoría, porque el aparato elevador era una «mejora general para los propietarios de la finca». La sentencia de 22 de septiembre de 1997 (RJ Aranzadi 6820) mantuvo ese criterio, añadiendo que la no obligación de abonar los costes (al superar el importe de tres cuotas mensuales ordinarias) no era aplicable a este tipo de supuestos, porque la instalación del ascensor no puede considerarse como una «innovación no exigible... sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble...».*

**(b)** Una segunda etapa, que tendría su inicio en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, titulada «Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas discapacitadas». Norma que,



curiosamente, no suele tenerse en consideración, cuando afecta de forma muy importante al régimen de la propiedad horizontal en el ámbito de la jurisdicción civil. En su Exposición de Motivos, menciona que la voluntad del legislador de atender a la movilidad de las personas minusválidas, que comenzó con la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modificó la Ley de Propiedad Horizontal, y que «La presente Ley pretende dar un paso más en este camino, ampliando el ámbito de la protección y estableciendo un procedimiento que tiene como objetivo, que el interesado y el propietario o la comunidad o mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación». Ley que aunque en principio tiende a beneficiar a los minusválidos físicos (lo que actualmente se denomina discapacitados), hace una interpretación extensiva, al considerar que tienen esa condición las personas mayores de setenta años en todo caso (artículo 1.3 de la Ley comentada).

*Período que culminaría con la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal efectuada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que en el artículo 11.1 de la Ley de Propiedad Horizontal introduce añade la mención de «seguridad» a «conservación» y «habitabilidad». Reforma legislativa que viene a recoger la doctrina jurisprudencial del período anterior, reconociendo en la Exposición de Motivos que «la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de la mayoría para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de las personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.)». Y en el articulado, si bien se mantiene el principio de la unanimidad para la validez de acuerdos que supongan modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, introduce a renglón seguido notables excepciones: 1) El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes «de interés general». 2) La realización de obras o instauración de servicios comunes con el fin de suprimir barreras arquitectónicas. 3) Las relativas a los servicios de telecomunicación, energía solar, etcétera.*

**(c)** *Otra etapa la marca la reforma que introduce la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, titulada «Minusválidos», que tiene una gran repercusión en los conceptos manejados hasta ese momento en la Ley de Propiedad Horizontal, además de agregar el concepto de «accesibilidad».*

**(d)** *El camino legislativo marcado se continúa con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y actualmente por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas... "*

**II.-** El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los problemas surgidos en aquellas ocasiones en las que la instalación de un ascensor, en aquellos inmuebles que no tienen este servicio y en los de bajada a cota cero o ampliación del recorrido del ascensor por eliminación de barreras arquitectónicas, exige la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa; ocupación, que con carácter general no va a contar con el consentimiento del propietario afectado. El problema se ha resuelto a partir de la ponderación de los bienes jurídicos que se ven afectados. De un lado el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad, y de otro el de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizara la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble.

Ha de citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 2011 n° 732/2011, rec. 2240/2008 (EDJ 2011/242199), que establece como criterio doctrinal que *"la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurran las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo", de tal manera que en supuesto de que se de esta pérdida de habitabilidad y funcionalidad tal consentimiento sí será preciso.*

Afirma la STS de 20 de julio de 2.012 (n° 496) que esta Sala que *"en estos supuestos en los que es necesaria la ocupación de un espacio privativo, se constituye una servidumbre ( SSTS 22 de octubre de 2010 o 6 de septiembre de 2.011 ), se ha declarado, con valor de doctrina jurisprudencial que la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servido, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurran las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento de copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo", ( STS 10 de octubre de 2.011 ).*





Más recientemente la STS de 17 de octubre de 2013, declara que: "establece dicho precepto que cada propietario tiene la obligación de consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados", haciéndose eco de la nueva redacción de 1 precepto operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio (EDL2013/104919) de rehabilitación regeneración y renovación urbanas que entró en vigor el 28 de junio; ley que reforma determinados artículos la ley de Propiedad horizontal (en lo que aquí nos interesa artículos 9, 10 y 17) con el objetivo de potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible. En el mismo sentido se pronuncia recientísima del STS de 10 de marzo de 2016.

**III.-** En el presente caso, coincidimos con el juzgador de instancia en que las obras que hay que realizar, y que afectan al NUM004 y a los cinco pisos del inmueble -siendo el piso NUM005 propiedad de la demandante y no oponiéndose a la instalación del ascensor los propietarios del piso NUM006 - para la instalación de un ascensor, son necesarias para facilitar la accesibilidad universal, dando cumplimiento al art. 10.1.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, en su redacción introducida por el número cuatro de la Disposición Final Primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que no exige acuerdo comunitario para las obras necesarias en materia de accesibilidad universal, refiriéndose de manera expresa a los ascensores, requeridos a instancia de mayores de setenta años o personas discapacitadas.

Como consecuencia, este tribunal deberá hacer un juicio de equidad en función de las circunstancias del caso, siendo necesario que exista un equilibrio entre los derechos de unos y otros propietarios para que no se provoque el efecto contrario al querido por la Ley (integración social de las personas en minusvalía), así como que las decisiones que se tomen sean posibles y ejecutables. En este juicio ponderado sobre las necesidades de los vecinos demandados, se ha de partir de que, en abstracto, los derechos de la primera resultan más relevantes que los de los segundos en atención al valor superior que el principio de igualdad tiene sobre los derechos dominicales que desarrollan las normas relativas a la propiedad horizontal. Y después de dicho examen se llega a la misma conclusión que el juzgador de instancia, es decir, que las obras a realizar para la instalación del ascensor, y que afectan a elementos privativos tanto en el bajo como en las viviendas, no suponen una pérdida importante de habitabilidad y funcionalidad de las viviendas o del local de negocio.

Así, el bajo tiene que ceder 1,34 m<sup>2</sup> en una ubicación con altura libre de 5 m<sup>2</sup> y otros 5 m<sup>2</sup> en lugar con altura libre inferior a 1m<sup>2</sup>; sin que ni siquiera se concrete en el escrito de recurso de apelación que la pérdida de esos m<sup>2</sup> pueda afectar a la funcionalidad del negocio.

En relación con las viviendas, cada una debe ceder para su instalación 2,38 m<sup>2</sup>, quedando reducida la alcoba italiana afectada en dicha extensión, pasando de 7,39 m<sup>2</sup> a 5,05 m<sup>2</sup>, en dos espacios, uno de 1,51 metros de ancho y otro de 0,87m, y de superficie 3,70 m<sup>2</sup> y 1,35 m<sup>2</sup>.

Es cierto que con la obra del ascensor las viviendas se verán afectas en las denominadas "alcoba italiana" que, en un principio tal y como quedarían, no podría cumplir la referida función, pero no es menos cierto, que por una parte, según consta acreditado por el informe pericial del Arquitecto D. Raimundo Victoriano, las viviendas tienen una superficie construida de 104 m<sup>2</sup>, excepto el piso NUM001, que tiene 96 m<sup>2</sup> -no estando acreditado que la superficie sea la referida en la demanda de 90 m<sup>2</sup>, o la alegada en el escrito de recurso de apelación de 80 m<sup>2</sup>- y la superficie ocupada para la instalación del ascensor es únicamente 2,38 m<sup>2</sup>, sin que tengamos datos que acrediten que no es posible la remodelación de las viviendas para no perder la funcionalidad de la alcoba italiana, reduciendo la superficie de otra habitación, como podría ser la sala que está pegada a ella -y en este sentido la propia sentencia de instancia nos dice, en su fundamento de derecho sexto que el resultado de la afección en los pisos "sin duda obliga a los copropietarios afectados a replantearse la distribución y posibilidad de la propia vivienda..."; y, por otra parte, también tenemos, que coincidir con el juzgador de instancia que las habitaciones italianas son un concepto que no se valora en las normas vigentes sobre accesibilidad.

Y, concluyendo, volviendo al juicio de equidad que debe hacerse en función de las circunstancias del caso, sólo cabe añadir que si no se autorizaron en un caso como el presente la instalación de un ascensor, con la ocupación de 2,38 m<sup>2</sup> de cada vivienda, no logramos adivinar en que otros casos podría autorizarse, con lo que se estaría incumpliendo la normativa de accesibilidad universal. Por los motivos expuestos procede la desestimación del recurso de apelación en este extremo.

**CUARTO.-** En el escrito de demanda no se ofrece indemnización alguna ni al propietario de bajo ni a los propietarios de las viviendas por la ocupación de sus inmuebles, necesaria para la instalación del ascensor, y en las contestaciones a la demanda tampoco se valoran los perjuicios que a los propietarios les pueda causar dicha ocupación.



En materia de daños y perjuicios es exigible la prueba de su realidad, y además la de su cuantía, siendo la cuestión de la existencia de daños y perjuicios una cuestión de hecho que exige la prueba de su entidad y cuantía, para que la indemnización sea procedente, de conformidad a reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo (SS 2 julio 1986 y 22 julio 1989), correspondiendo a una realidad (SS 20 noviembre de 1975 y 13 de abril 1988). Y al desconocer este tribunal -pues no puede simplemente decirse como parece ser la intención de la actora que los daños y perjuicios por la ocupación del inmueble queda compensada con la revalorización por la instalación del ascensor- de antemano los perjuicios que se van a producir por la futura instalación del ascensor, no podemos pronunciarnos sobre esta cuestión, al no permitir la LEC, en su artículo 219, una sentencia con reserva de liquidación en la ejecución.

Por los motivos expuestos quedan reservados los derechos de los demandados a ejercitar las acciones que consideren oportunas para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de la instalación del ascensor y que se pueden concretar, en los siguientes:

- a) Indemnización a precio de mercado, según locales y viviendas de iguales características y ubicadas en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m2 invadida.
- b) Indemnización por el demérito experimentado por el local y viviendas como consecuencia de su menor superficie, y en su caso, y de ser posible la adaptación de las viviendas, para que sigan disponiendo de las mismas dependencias, el importe de las obras a realizar.
- c) La indemnización correspondiente a la paralización del local de negocio durante las obras y por la probable imposibilidad de uso de las viviendas durante las mismas.
- d) Indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras necesarias por la instalación del ascensor, se causen daños a los inmuebles.

Y a ello debe añadirse que a los efectos de una futura reclamación, los perjudicados también tendrían que tener en cuenta la revalorización que al local de negocio y a cada una de las viviendas se ha producido por la instalación del ascensor.

**QUINTO.-** No procede hacer especial imposición de las costas de alzada ( art. 398 LEC ).

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de COMUNIDAD PROPIETARIOS C/ DIRECCION000 NUM000, ALMACENES COUTO, S.A., DON Pío Santiago, DOÑA Gracia Rosario, Y COMUNIDAD HEREDITARIA FORMADA por ella y DOÑA Begoña Salvadora E Palmira Olga, DOÑA Magdalena Yolanda Y COMUNIDAD HEREDITARIA FORMADA por ella y DON Emilio Eutimio, Irene Lina Y Genoveva Noelia contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de A Coruña, recaída en los autos de juicio ordinario núm. 837/15, debemos revocar y revocamos la referida resolución en el único sentido de que los demandados deberán abonar cada uno de ellos el importe correspondiente a doce mensualidades de gastos comunes, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia apelada; sin hacer especial imposición de las costas de alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fué la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha de lo que yo letrado de la administración de justicia, doy fe.