



Roj: **SAP C 306/2020 - ECLI:ES:APC:2020:306**

Id Cendoj: **15030370042020100051**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **06/02/2020**

Nº de Recurso: **498/2019**

Nº de Resolución: **42/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ANTONIA VILARIÑO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00042/2020**

Modelo: N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

**Teléfono:** 981182091 **Fax:** 981182089

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MP

**N.I.G.** 15036 42 1 2018 0002128

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000498 /2019**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000320 /2018

Recurrente: Gloria

Procurador: MARIA SUSANA DIAZ GALLEGO

Abogado: MANUEL CRESPO LOPEZ

Recurrido: C.P., EDIFICIO000 , NUM000 DE NARON

Procurador: ADRIAN MANIVESA PANTIN

Abogado: ARANZAZU MAIZTEGUI MARTINEZ

**S E N T E N C I A**

**Nº 42/20**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**Ilmos. Sres/as.Magistrados:**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ-MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN**



## MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ

En A CORUÑA, a seis de febrero de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000320 /2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000498 /2019, en los que aparece como parte demandante-apelante, Gloria , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA SUSANA DIAZ GALLEGO, asistido por el Abogado D. MANUEL CRESPO LOPEZ, y como parte demandada-apelada, C.P., EDIFICIO000 , NUM000 DE NARON, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ADRIAN MANIVESA PANTIN, asistido por el Abogado D. ARANZAZU MAIZTEGUI MARTINEZ, sobre NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES EN C.P.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada de fecha 5 de junio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Ferrol, cuya parte dispositiva, dice como sigue:

"- FALLO: Se desestiman las dos demandas formuladas por la Procuradora Sra. Díaz Gallego, en representación de D<sup>a</sup> Gloria , quien actúa en nombre propio y en beneficio de la sociedad de gananciales que tiene constituida con su esposo, D. Juan Manuel , contra la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 n° NUM000 de Narón, representada por el Procurador Sr. Manivesa Pantín, absolviendo a la parte demandada de todas las peticiones deducidas contra ella, debiendo abonar cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia fue recurrida por la demandante, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, fue señalada audiencia para que tuviera lugar su deliberación, votación y fallo.

**TERCERO.-** Es Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Sobre el objeto del procedimiento.*

1.1.- La sentencia de primera instancia desestima las demandas formuladas por la ahora recurrente, Dña. Gloria , actuando en nombre propio y en beneficio de la sociedad de gananciales que tiene constituida con su esposo D. Juan Manuel , como propietarios de los locales comerciales planta baja izquierda y derecha del Edificio sito en el n° NUM000 de EDIFICIO000 , de Narón, frente a la Comunidad de Propietarios del mismo, en solicitud de que se declare la nulidad de acuerdos adoptados en relación a la instalación de un ascensor.

1.2.- En la primera de ellas, formulada en fecha 4 de mayo de 2018, que dio lugar a autos de procedimiento ordinario 320/18 del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Ferrol, en solicitud de que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas de la Comunidad de Propietarios de fechas 29 de enero de 2018, 8 de marzo de 2018, y 12 de abril de 2018, salvo el punto 4 de la última.

a) En la Junta General Extraordinaria de fecha 29 de enero de 2018 se adoptan los siguientes acuerdos, con el voto favorable del 62,33%, y en contra el 26,22%, sobre los puntos del día 1º y 2º que se someten a aprobación (folios 35 vuelto a 38 vuelto): 1º) La instalación del ascensor y eliminación de las barreras arquitectónicas (correspondiente al 1º punto orden del día propuesto en estos términos "Votación de aprobación de eliminación de las barreras arquitectónicas del edificio, para adecuarlo a la normativa legal vigente en materia de accesibilidad e instalación de ascensor"); 2º) La aprobación de la propuesta de ejecución de obras (correspondiente, según se refleja en el acta, con el sometimiento a votación del 2º punto del orden del día a tratar propuesto en estos términos "Someter a votación propuesta de ejecución y trámites necesarios para instalación de ascensor, según propuesta facilitada previamente a propietarios"). El 3º punto del orden del día lo constituía la información según el resultado de la votación, de la forma de comunicación de acta a propietarios y efectos legales de la misma.

b) En la Junta General Extraordinaria de fecha 8 de marzo de 2018, con el voto a favor del 71,55% y en contra el 17%, se adoptan los siguientes acuerdos sobre los puntos del orden del día 3º y 4º propuestos en la convocatoria (folios 50 a 56): 1º) Contratación con MBO la asistencia técnica y emisión de informe al respecto y sobre ubicación de ascensor. Contratación con MBO de tasación parcial de terraza 1 A y planta



baja derecha. Aprobar la asignación del gasto en función de la cuota de participación, viviendas y sótano 83%, planta baja derecha e izquierda 17% (correspondiente al punto 3 del orden día propuesto en estos términos "Someter a aprobación de la Junta General Extraordinaria la contratación de asistencia técnica para valorar la ubicación del ascensor. Tasación de las superficies afectadas por el paso del ascensor, planta baja derecha y terraza 1A. Aprobar la asignación del gasto según cuota de participación"). 2º) Facultar al Presidente Luciano para negociar y acordar la contratación del proyecto de obra con INTEGRALIA PROYECTOS S.L. Así como la asignación del gasto en función de la cuota de participación viviendas y sótano 83%, planta baja derecha e izquierda el 17% (correspondiente al punto 4 del orden día "Someter a aprobación de la Junta General Extraordinaria de contratación con el estudio de arquitectura INTEGRALIA PROYECTOS S.L. del proyecto de obra para la instalación del ascensor del edificio"). Los puntos 1 y 2 del orden de día propuesto, se refieren, respectivamente, a información "sobre negociación con propietarios afectados por el paso del ascensor (Punto Primero 1 y 2 de propuesta aprobada el 29-01-2018)", y "sobre ubicación definitiva del cuadro eléctrico sin afectar a propiedad de planta baja izquierda (Punto primero de propuesta aprobada el 29-01-2018)".

c) En la Junta de fecha 12 de abril de 2018, por un 71,55% a favor y un 17% en contra, se adoptan los siguientes acuerdos, conforme a la literalidad de los puntos del orden 1º, 2º y 3º propuestos en la convocatoria (folios 67 a 73): "1.- La aprobación definitiva de la ubicación contemplada en la propuesta aprobada el 29-01-2018 para la instalación del ascensor. Que afecta a la planta baja derecha y se ubica por zonas comunes (patio exterior de luces) y terraza del 1A. Se documenta en plano de estudio previo redactado por el técnico Lorena (Integralia). Copia que se adjunta a esta convocatoria. 2.- Someter a la aprobación de la Junta G. Extraordinaria, la contratación de Informe Pericial sobre la ubicación del ascensor. Según presupuesto de MBO GESTION DE PROYECTOS Y OBRAS S.L.U. y asignación del gasto por cuota de participación. 3.- Facultar al presidente de la comunidad, para tramitar la solicitud de Licencia Municipal para la ejecución de obras, en base al proyecto que se elabore según lo acordado el 08-03-2018. La asignación de gastos de tasas se realizará según cuota de participación". El acuerdo adoptado al respecto del punto 4º del orden del día, relativo a propuesta de cambio del seguro del edificio, no es objeto de impugnación.

La impugnación de los acuerdos adoptados en estas tres Juntas Generales Extraordinarias se motiva en los apartados a), b) y c) del artículo 18.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, por las siguientes razones: a) Que los acuerdos serían contrarios a la Ley y a los Estatutos, en tanto que no se habrían reunido en la Junta de 29 de enero de 2019 la mayoría de las cuotas de participación que, de conformidad con en el artículo 17, regla 2º de la Ley de Propiedad Horizontal, serían necesarias para la instalación de un ascensor; y ello porque los propietarios de la mayoría de los pisos se habrían arrogado en las Juntas una cuota centesimal que no les correspondía, por cuanto la planta de sótano está en régimen proindiviso, y, por ello, deberían de haber nombrado un representante para intervenir en la Junta, siendo el caso de que se habría comprobado que una de las plazas de garaje es propiedad de terceros que no son dueños de otro local en el edificio. b) Que la ubicación aprobada por la Comunidad en los acuerdos impugnados sería gravemente perjudicial para los propietarios del bajo derecha, aduciendo que la ubicación del ascensor aprobada por la Junta le causaría grave afección al reducir la superficie útil de la cocina a la mitad, implicando con ello que sólo pueda trabajar un empleado, frente a los tres que conforme a normativa pueden en la actualidad; c) Además, que sería lesiva para la propia Comunidad por ser contraria a la normativa urbanística, en beneficio de los propietarios de los pisos "C", que así no verían afectadas sus cocinas, ni ningún otro punto de su vivienda, al discurrir el ascensor por el patio. En este sentido, se invoca que la Ley del Suelo Estatal de 30 de octubre de 2015 y, el Decreto 29/2010, de 4 de marzo, por el que se aprueban las normas de habitabilidad de viviendas de Galicia, obligarían a adoptar la ubicación alternativa propuesta por ellos, según informe de la Arquitecto Dña. Milagros, en especial, porque permite establecer paradas en todas las plantas del edificio.

1.3.- En la segunda demanda, que dio lugar a los autos de procedimiento ordinario 589/2018 del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Ferrol, se solicita que se declare que son nulos los acuerdos adoptados en la Junta de la Comunidad de Propietarios del edificio de fecha 26-06-2018, en cuanto ratifican los impugnados en la demanda que se tramita como juicio ordinario nº 320/2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ferrol (folio 138).

En la Junta General Extraordinaria de fecha 26 de junio de 2018 (folios 93 a 100 vuelto), conforme a la literalidad de los puntos del orden 1º, 2º, 3º y 4º propuestos en la convocatoria, se adoptan los siguientes acuerdos, con un resultado a favor del 76% y en contra del 17%: "1º) "Someter a votación de ratificación de la Junta General Extraordinaria los acuerdos aprobados en los puntos 1 y 2 del orden del día del acta del 29-01-2018. Dando por válidos los resultados de la nueva Votación"; 2º) "Someter a votación de ratificación de la Junta General Extraordinaria los acuerdos aprobados en los puntos 3 y 4 del orden del día del acta del 08-03-2018. Dando por válidos los resultados de la nueva votación". 3º) "Someter a votación de ratificación de la Junta General Extraordinaria los acuerdos aprobados en los puntos 1, 2 y 3 del orden del día del acta del 12-04-2018. Dando por válidos los resultados de la nueva votación". 4º) "Someter a votación de ratificación de la Junta General



Extraordinaria el punto 2 del orden del día votado en contra en el acta del 14-05-2018. Dando por válidos los resultados de la nueva votación".

Esta demanda se formula invocando igualmente os motivos de impugnación de los tres apartados del artículo 18.1 de la Ley de Propiedad Horizontal. Se aduce que, con la actuación de los representantes de la Comunidad celebrando esta Junta de fecha 26 de junio de 2018 para ratificar acuerdos ya impugnados judicialmente, a sabiendas de que estaba en curso el procedimiento mencionado, se trataría de subsanar el defecto de quórum necesario en una determinada votación (Junta de 29 de enero de 2018), habría obligado a formular nueva demanda; y, en realidad, supondría un allanamiento parcial a la primera demanda.

1.4.- En virtud de auto de fecha 25 de octubre de 2018, dictado el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Ferrol en autos de procedimiento ordinario 320/18, se acuerda acumular a este procedimiento el procedimiento ordinario nº 589/2028, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ferrol.

**SEGUNDO.-** *Sobre la impugnación de los acuerdos adoptados Junta General de 29 de enero de 2019 por defecto de quorum.*

2.1.- En la sentencia de primera instancia, recogiendo el reconocimiento de la propia demandada de que, de excluirse en la primera Junta General el 20% de la cuota de participación del sótano, no se alcanzaría la mayoría de cuotas de participación, se razona que, si bien, en principio, los acuerdos adoptados en ella podrían declararse nulos, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 15.1, párrafo segundo, y 17.2 de la LPH, al haber sido ratificados posteriormente por la mayoría de los propietarios, que representan a su vez la mayoría de cuotas de participación, deben considerarse válidamente adoptados, sin que proceda declarar su nulidad. En materia de costas, precisamente, teniendo en cuenta que la ratificación de los acuerdos impugnados se produjo después de que la Comunidad de Propietarios fue emplazada, y que ello supondría un reconocimiento de que no se habrían computado correctamente las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, no se efectúa expresa condena en costas.

2.2.- La recurrente entiende que en ningún caso procedería la desestimación íntegra de la primera demanda formulada, una vez admitido que los acuerdos adoptados en la primera Junta de Propietarios, de 29 de enero de 2018, no obtuvieron la mayoría necesaria para la aprobación. En tal sentido se aduce que la convalidación posterior, una vez admitida a trámite la demanda, e incluso emplazada la Comunidad de propietarios, no puede tenerse en cuenta de conformidad con el principio de "perpetuatio iurisdictionis".

2.3.- En el propio acta de la Junta General Extraordinaria celebrada en fecha 26 de junio de 2018, por la que se ratifican los acuerdos anteriormente adoptados, como antecedente a la votación, se recoge que, solicitada en el Registro nota simple de la propiedad de garaje, se habría confirmado la situación de indivisión, y procedido a nombrar un representante del sótano, el 15 de junio de 2018. En los acuerdos de ratificación el voto por la cuota de participación del 20% del sótano lo formula la representante nombrada en dicha fecha (según consta en autos, al folio 126).

Es cierto que, atendidos los datos de cuotas de participación en los elementos comunes del inmueble, conforme a la nota simple aportada, en el primero de los acuerdos, de fecha 29 de enero de 2018, estando en estado de proindiviso el sótano de edificio, y, por lo tanto, siéndole aplicable la regla del artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal ("Si algún piso o local perteneciese "pro indiviso" a diferentes propietarios éstos nombrarán un representante para asistir y votar en las juntas"), debe considerarse que no se habría obtenido el quorum de mayoría necesario para la aprobación de acuerdo, al no haberse emitido el voto por un representante de los propietarios de participaciones indivisas (20,0000%), haber votado en contra los propietarios de los bajos (17,0000%) y el propietario de la vivienda NUM001. La suma de las cuotas de participación de los siete propietarios de viviendas, de las 9 existentes en el edificio, que votaron a favor en esta primera reunión, supondría un 49%.

Pero no puede obviarse que, en las dos Juntas Generales siguientes, el propietario de la vivienda NUM001 habría cambiado el sentido de su voto; de ahí que, aun prescindiendo de computar el 20% correspondiente al garaje, los puntos del orden del día sometidos a votación habrían obtenido en ellas el voto a favor de la mayoría de las cuotas de participación. Estos acuerdos, relativos a la puesta en práctica y ejecución de la decisión de instalar el ascensor, y de la "propuesta para ejecución de obras y trámites necesarios" sometida a votación en la Junta General de 29 de enero de 2018, vendrían a refrendar y reproducir dicha decisión. Es significativo de ello que, en la Junta General de 12 de abril de 2018, como primer orden del día, según queda indicado, se sometiera a votación la aprobación definitiva de la ubicación contemplada en la propuesta aprobada el 29-01-2018 para la instalación del ascensor, que afecta a la planta baja derecha y se ubica por zonas comunes (patio exterior de luces) y terraza del 1º; de ahí que puede entenderse que la decisión adoptada de instalar el ascensor, y de hacerlo en esta ubicación, ya habría sido ratificada con la mayoría exigida legalmente, antes de la Junta General de 16 de junio de 2018.



2.4.- En todo caso, puesto que la declaración de nulidad, conforme a lo solicitado en la propia demanda, sólo alcanzaría a ese primer acuerdo, la estimación de la primera demanda, por este único motivo, sólo podría ser parcial, y la consecuencia en costas no podría ser otra que la no imponérselas a ninguna de las partes ( artículo 394.2 de la LEC), conforme efectúa la sentencia de instancia. De ahí que, ratificados expresamente los acuerdos, aunque con posterioridad a ser emplazada la Comunidad de Propietarios para contestar la primera demanda,

no se advierte que exista interés legítimo alguno en que, en esta alzada, en estricta consideración a la fecha de la demanda, se efectúe una declaración de nulidad de ese primer acuerdo, que el único efecto práctico que pudiera conllevar es que la demandante no obtuviera una condena en costas. De hecho, en el recurso, no se especifica el efecto que pudiera conllevar que se declarara la nulidad de ese primer acuerdo.

**TERCERO.-** *Sobre la impugnación de los acuerdos relativos a la ubicación del ascensor ex artículo 18.1 de la Ley de Propiedad Horizontal .*

3.1.- La sentencia de primera instancia entiende que no cabe apreciar abuso de derecho en la adopción de los acuerdos impugnados, no sólo por lo anteriormente expuesto, sino también porque no ha quedado acreditado que se ocultase información a la parte actora o que se mantuviera a la demandante y a su esposo al margen de los trámites seguidos con carácter previo a decidir sobre la ubicación del ascensor.

Y, considera que, atendiendo a los informes periciales que obran en autos, y de las explicaciones dadas por los peritos en el acto de la vista, no cabe estimar que los acuerdos impugnados resulten gravemente lesivos para los intereses de la Comunidad en beneficio de uno o varios propietarios, y que tampoco cabe considerar que la ubicación aprobada por la Comunidad suponga un grave perjuicio para la demandante, razonando al respecto, a modo de conclusión, que si bien es cierto que esta ubicación del ascensor supone una pérdida de superficie del local comercial, que puede hacer necesaria una redistribución para mantener los servicios existentes, y que da derecho a percibir la correspondiente indemnización por los perjuicios causados, no cabe apreciar una pérdida de funcionalidad del local, siendo preferible esta opción, ponderando los derechos afectados, frente a la alternativa propuesta por la demandante, que implica mayor dificultad técnica, al afectar a elementos estructurales, así como una mayor afección sobre los elementos privativos.

3.2.- La demandante reitera en esta alzada la invocación de abuso de derecho e indefensión, como determinante de la nulidad de los acuerdos adoptados por la Comunidad demandada, y, en tal sentido, denuncia que la sentencia de instancia no habría aplicado correctamente las normas de la carga de la prueba. Por lo demás, con las alegaciones que se contienen en el recurso, se incide en cuestionar la idoneidad de la ubicación aprobada la Comunidad de Propietarios, aduciendo que la sentencia de instancia, al desestimar la demanda, se habría apartado de los criterios que impone la normativa de aplicación, en relación a las exigencias técnicas y normativas de accesibilidad y urbanísticas, siendo en relación a estos aspectos esencialmente sobre los que incide el desarrollo argumental, y en especial al respecto de que, con la ubicación aprobada por la Comunidad de Propietarios, no se dé acceso por ascensor a las plazas de garaje del edificio.

3.3.- Según indica la STS de 17 de noviembre de 2011 al referirse al abuso de derecho en materia de "propiedad horizontal", y reitera en posterior STS de 5 de marzo de 2014: (...) B) En materia de propiedad horizontal, la STS de 16 de julio de 2009 (RC nº 22204/2004) ha entendido que el abuso de derecho, referido en el artículo 18.1 c) de la Ley, consiste en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario, sin que pueda considerarse general el beneficio de la comunidad y, sin embargo, afecta de manera peyorativa a uno de sus partícipes. En definitiva la actuación calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no será legítima".

En este caso, según lo indicado, la demandante no hace residir el abuso de derecho que invoca como causa de nulidad en que los acuerdos impugnados no tengan una finalidad legítima, sino en que no habría recibido antes de la celebración de la primera Junta General información suficiente respecto a la instalación del ascensor. Esta alegación debiera tener sustento en que la demandante concretase en qué modo, por haberse llevado a esa Junta de Propietarios una propuesta de instalación del ascensor con la ubicación que afecta a su local, se habría limitado la posibilidad de defensa de sus intereses.

En la demanda se admite que con la convocatoria se habría adjuntado el documento calificado como "propuesta para ejecución de obras y trámites necesarios para la colocación del ascensor en el edificio", si bien se dice que, en dicho documento, no se habría aclarado la superficie afectada de la planta baja, y por tanto las consecuencias de la ubicación determinada. Es lógico que la propuesta de instalación del ascensor haya supuesto por parte del Presidente o los vecinos interesados que se recabase precisamente información y asesoramiento sobre la viabilidad técnica, la posible ubicación y el coste económico, precisamente para poder presentarla como tal a los propietarios. En la demanda se reconoce que, posteriormente a la Junta General, habrían acudido al local propiedad de la demandante el Presidente y personas que se identificaron como





técnicos, y que no le permitió el acceso a la cocina y el almacén; y que, después, por burofax de 21 de febrero de 2018, se le requirió autorización para acceder. Y, al hecho de que se hubiera sometido a decisión de la Junta General un plan de actuación relativo a una ubicación concreta, y aprobado, le siguió que, posteriormente, se decidiera sobre la realización de informes técnicos y proyectos, y, finalmente, sobre la aprobación definitiva de la ubicación contemplada en la propuesta aprobada el 29 de enero de 2018. Además de que ello no impidió que se sometiera también a votación de los propietarios la aprobación de la alternativa presentada por la demandante, como efectivamente se realizó.

No puede tampoco considerarse que le haya causado indefensión que en la convocatoria no se hubiera justificado que el edificio viviera alguna persona con necesidades especiales, cuando la actora no indica siquiera que trascendencia tendría en este caso, en que la decisión de instalar el ascensor no se adoptó por la Comunidad por el cauce del artículo 10.1.b) de la Ley de Propiedad Horizontal.

3.4.- Con la ubicación aprobada por la Comunidad de Propietarios la caja de ascensor se dispone por el interior de uno de los patios de luces del edificio, afectando a parte del espacio ahora ocupado por la cocina y a almacén del local comercial de la demandante, con un total de cinco paradas (planta baja, 1º, 2º, 3º y bajo cubierta). Y, con la solución que propone la demandante, que no obtuvo la aprobación de la mayoría de cuotas en Junta General Extraordinaria celebrada en fecha 14 de mayo de 2018 (folios 86 vuelto a 89), el recorrido de la caja ascensor, con un total de seis paradas (incluye la planta sótano), se dispone atravesando en su recorrido el interior del edificio, por las tres viviendas tipo C, afectando a parte de la entrada y de las cocinas de estas viviendas, inutilizando una plaza de garaje y parte de un trastero bajo cubierta.

3.5.- Según se decía en sentencia de esta misma Sección Cuarta de la AP de A Coruña de 5 de octubre de 2016, a su vez citada en sentencia 380/2018, de 14 de noviembre, recaída en procedimiento relativo a constitución de servidumbre: "Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que ha caracterizado la limitación que implica la cesión, en la medida necesaria, del espacio privativo necesario para la nueva instalación como servidumbre permanente, y ésta con la obligación del comunero de consentirla conforme al artículo 9. 1 c) LPH en cuanto ello no implique una merma sustancial del aprovechamiento (habitabilidad o funcionalidad) del piso o local afectado". En la STS de 10 de octubre de 2011 - recogida en la fundamentación de la sentencia recurrida -, el Alto Tribunal fijó como 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 parte de un espacio privativo, siempre que concurren 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 funcional del espacio privativo".

3.6.- De haberse ejercitado por la Comunidad una acción de constitución de servidumbre sobre el local de los actores, le habría correspondido a la Comunidad acreditar el carácter imprescindible de la servidumbre, y que la misma no afectaba a la funcionalidad del local. Pero, en este caso, en que es la propietaria del local la que impugna los acuerdos comunitarios, es a ella a quien corresponde que le causan un grave perjuicio, por afectar a la funcionalidad de su local, y que no tiene obligación de sopórtalo, lo que supone que debe acreditarse la existencia de la gravedad del perjuicio alegado en función de la concurrencia de otra alternativa, en su conjunto, menos gravosa.

3.7.- No se discute que ambas alternativas sean viables desde un punto de vista técnico y normativo; conforme coincidieron en resaltar tanto los peritos que informan a instancia de la demandante y del demandado, respectivamente, Dña. Milagros y D. Amadeo, como el perito designado judicialmente, D. Aquilino, según ha podido comprobarse con la audición de la grabación de la vista. Asimismo, los tres peritos han puesto de relieve, con reiteración que, en casos de instalación "ex novo" de un edificio existente, es habitual que haya de solicitarse el trámite de excepción del cumplimiento de aspectos de la normativa de habitabilidad, o sobre medidas de accesibilidad. Siendo así, y desde la perspectiva de que no es objeto de este procedimiento, ni puede ser examinado en la vía civil, la legalidad de los diversos aspectos administrativos, urbanísticos y técnicos, ponderando ambas propuestas, y valorándolas en su conjunto, coincidimos en considerar que la ubicación aprobada por la Comunidad es la más idónea, y no sólo porque resulte menos invasiva en relación al total de edificio, al discurrir el ascensor por el patio de luces y no por el interior de las viviendas tipo C, sino, porque, con ella no se ve afectada la funcionalidad de las viviendas, ni se ha acreditado suponga la pérdida de funcionalidad del local comercial de la actora, siendo, además, susceptible de ampliación la cocina cuya superficie se verá reducida, aunque sea a costa de avanzarla hacia la barra del local, posibilidad que no existe para la zona de acceso y cocinas de las viviendas que resultarían afectados en la propuesta de la demandante, conforme a continuación se expondrá; además, teniendo en cuenta que ninguno de los propios propietarios de viviendas en el edificio, incluidos los de las viviendas tipos A y B, que no se verían afectados si el ascensor se colocase por el interior del edificio, han promovido que el ascensor llegue al sótano en donde se ubican sus



plazas de garaje. De ahí que, consideremos que, en nuestro análisis, no es decisivo, como propone la recurrente, ni la mayor o menor adecuación a la normativa administrativa de una u otra alternativa, ni la circunstancia de la accesibilidad al sótano, que debemos confrontar con la contrapartida de la merma de accesibilidad que supondría para las viviendas tipo C que el ascensor llegase al sótano.

a) En la opción aprobada por la Comunidad de Propietarios, que consta en el Estudio Previo realizado por Dña. Lorena, de la empresa INTEGRALIA, coincidente con el estudio realizado por la empresa Otis, en concreto, se ve afectada parte de la cocina y un espacio que se dedica a almacén (situado bajo el rellano del portal) del local comercial de la actora, dedicado actualmente a Café-Bar, de 129 metros cuadrados de superficie catastral (folio 417 vuelto). De la superficie de esta cocina, de geometría rectangular, con una superficie de 11,66 metros cuadrados según el informe del perito judicial del Arquitecto D. Aquilino (al folio 399, dimensiones 4,40 x 2,65), se vería afectado - atendiendo a la propuesta presentada como "Estudios Previos" por "Integralia", que el perito indica que prácticamente coincide en la posición y recorridos con la propuesta de MBO, según informe de D. Amadeo - en una superficie de 6 metros cuadrados en la esquina izquierda del fondo de la estancia, coincidente con la posición de la campana extractora de la cocina, dos fogones de cocina y una plancha de cocina a gas, un horno convencional y el fregadero con una caldera mural de gas; de los cuales, 3,90 metros son ocupados por la caja del ascensor y 2,10 metros cuadrados quedan libres a modo de pasillo en fondo de saco de 1,15 metros de ancho medio (folio 400 vuelto).

Estas superficies, señaladas por el perito judicial, son prácticamente coincidentes con las que se reseñan en el informe pericial aportado por la actora, realizado por la Arquitecta Dña. Milagros, en la que se refleja que, en el estado actual de la cocina, con una superficie de 11,61 metros cuadrados, se verían afectados 3,99 metros cuadrados de reducción de espacio de cocina, y 2 metros cuadrados más que considera serían inutilizable; esto último, según explica, porque el ancho entre paramentos de 1 metro, sería inferior al ancho mínimo de 0,80 metros en pasillos en zonas restringidas según normativa técnica de obligado cumplimiento. En todo caso, atendiendo a la explicación del informe de D. Amadeo, al poseer este espacio posterior a la posición del ascensor un metro de ancho, se puede colocar en su fondo armarios de almacenaje u otro tipo de equipamiento para suplir parte del espacio eliminado (folio 203). En el informe de este último perito se señala que la disposición del ascensor ocuparía 3,36 metros, indicando que la habría obtenido efectuando un replanteo con las medidas reales.

La otra parte que se vería afectada es el espacio situado bajo la escalera de la entrada, al que se tiene acceso desde la cocina, y que, como se aprecia en las fotografías incorporadas a los informes de D. Amadeo y D. Aquilino, folios 294 vuelto, 295 y 399, se utiliza para almacenar cajas de botellas, bombonas de butano y otros elementos. Este espacio el perito judicial lo considera residual (folio 400 vuelto), y en el informe aportado por la demandada se dice que constituye un espacio no considerado útil (folio 202). En el propio informe de la perito de la actora se indica que, según normativa técnica de obligado cumplimiento, la altura mínima es de 2,20 para espacios de uso restringido y que la altura libre de esta zona es de 0,95 metros cuadrados.

b) En la alternativa propuesta por la demandante, presentada por la Arquitecta Dña. Milagros, según se detalla en el informe del perito D. Aquilino, se ven afectadas: una plaza de aparcamiento en la planta sótano (al albergarse el vestíbulo de independencia de acceso al ascensor) en una superficie de 4,35 metros cuadrados (la propia perito reconoce en el acto de la vista que, al decir afectación, se refiere a que esa plaza queda inutilizada); en planta baja, parte del local de almacén existente y de uso privativo de 1,63 metros cuadrados (se refiere al local comercial lindante con el Café-Bar, y propiedad también de los demandantes, sin acondicionar); en las plantas piso al hall de entrada de las viviendas tipo C en una superficie de 2,35 metros cuadrados; y en la planta bajo cubierta, parte de trastero de la Comunidad en una superficie de 2,35 metros cuadrados. Las superficies indicadas vienen a coincidir prácticamente con las que se reseñan en el informe aportado por la Comunidad de Propietarios, de ocupación en las viviendas de 2,33 metros cuadrados por vivienda y la misma superficie de un trastero bajo cubierta (folio 206), en el que se precisa que la supresión de una plaza de aparcamiento de 9,9 metros cuadrados se debería a que quedaría imposibilitada la salida de los vehículos de la plaza 8 cuando las plazas 7 y 9 estén ocupadas (folio 206 vuelto).

Esta otra propuesta supone una mayor intervención, en 5 plantas y cubierta, y la afección de 6 forjados; en tanto que en la otra ubicación sólo se vería afectado dos forjados (folio 209). Nos parece especialmente trascendente para valorar la afectación de las viviendas, que la superficie ocupada en las tres viviendas tipo C se corresponda con la zona de acceso a estas viviendas y a sus cocinas, reduciéndola a un ancho de 0,85 cm. Al margen de que pudiera autorizarse esta reducción por el trámite de excepción el cumplimiento de las determinaciones sobre el ancho de pasillos y vestíbulos del Decreto 29/2010, de 4 de marzo de 2010, por el que se aprueban las normas de habitabilidad de viviendas en Galicia, entendemos, que supondría un impacto funcional importante, al quedar reducido hasta ese ancho la entrada misma de las viviendas, y de a sus cocinas; tanto es así que la perito de la demandante, cuando se le pregunta por este particular, reconoce que resultaría



más complicado pasar por allí una camilla o una silla de ruedas, y que la habitabilidad de las viviendas quedaría reducida. Y no parece que deba descartarse que, con ese ancho, como advirtió el perito de la demandada, sería, al menos, muy dificultoso, el giro de una silla de ruedas.

Estos aspectos suponen, a nuestro entender, según adelantamos, que esta segunda alternativa suponga un mayor impacto funcional, atendido que, por otra parte, debe considerarse acreditado que, instalándose el ascensor con la propuesta aprobada en los acuerdos impugnados, el local comercial de la actora podría seguir cumpliendo su función de Café-Bar. Esto es, no estamos siquiera ante el supuesto de no haberse demostrado que la ubicación del ascensor aprobada en los acuerdos impugnados pueda causar una pérdida de funcionalidad del mismo. Tanto es así que, sobre la alegación de la grave afección que le causaría al local de la actora esta ubicación, en el que se sustentaba de modo prioritario la demanda, no se incide especialmente en el recurso, en el que, en lo relativo a la afectación del local privativo de la actora, únicamente se aduce que la sentencia de instancia habría incurrido en un error porque habría confundido la superficie útil con la superficie a efectos del número de personas que podrían trabajar, y considerado, que a efectos de uso de la cocina, se debe considerar todo el local - en relación a la diferencia apuntada por el perito Sr. Amadeo entre la cocina como espacio independizado de trabajo o integrada en el espacio de trabajo de Café Bar -. Sin embargo, no se cuestiona el aspecto que la Juzgadora de instancia destaca, y que, para este Tribunal resulta también de transcendencia, cual es, la posibilidad de ampliación de la cocina - y, aún sin haberse aportado datos de cuantas personas trabajan o han trabajado simultáneamente en la cocina del local, destinado actualmente a Café-Bar -.

Si bien es cierto que, no sólo la perito de la actora, sino también el perito designado judicialmente (folio 405), indican que la reducción del espacio de la cocina reduciría también la capacidad máxima de la cocina a 1 persona - atendiendo a que, según el RD 486/1995, de 14 de abril, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, artículo 4, los espacios de trabajo y zonas peligrosas requieren de un espacio libre de 2 metros cuadrados por trabajador -, la posibilidad de ampliación de la cocina se recoge en el propio informe de Dña. Milagros, en el que se incluye, como anexo C, el plano de una propuesta de redistribución del local, con una cocina de superficie 10,04 metros cuadrados y un almacén de 7,76 metros cuadrados. Y, sobre ello, en el acto de la vista, esta perito explicó que, "para que la cocina tenga los mismos metros cuadrados" habría que desplazarla hacia la barra. También en el apartado relativo a daños y perjuicios de informe del perito D. Aquilino se considera la posibilidad de ampliación de la cocina hacia el espacio de interior de barra hasta alcanzar la superficie útil de cocina en su estado original (folio 409 vuelto).

Por último, debemos señalar que no ha sido objeto de este procedimiento determinar la concreta indemnización que pueda corresponder a los propietarios demandantes, tanto por la ocupación de un elemento privativo, como por los daños y perjuicios que se le ocasionen, aunque se haya hecho referencias por las partes y los distintos peritos a las distintas partidas indemnizables, a fin de contraponer las alternativas posibles de ubicación; en tanto que, según queda indicado, el procedimiento versa estrictamente sobre la validez de los acuerdos impugnados.

En atención a todo cuanto precede, consideramos que los acuerdos impugnados no incurren en ninguno de los posibles supuestos de nulidad alegados.

#### **CUARTO.- Costas de segunda instancia y depósito.**

La desestimación del recurso de apelación conlleva que se impongan a la apelante las costas originadas en esta alzada ( artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo, en su apartado 9º, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinara la pérdida del depósito.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS:**

Que con desestimación del recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Gloria contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2019, dictada en los autos de que este rollo dimana por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Ferrol, debemos confirmarla y la confirmamos; con imposición a la apelante de las costas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido, al que debe darse el destino legal.





Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de apelación civil, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución de los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ