



Roj: **SAP HU 162/2020 - ECLI:ES:APHU:2020:162**

Id Cendoj: **22125370012020100162**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2020**

Nº de Recurso: **16/2017**

Nº de Resolución: **69/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000069/2020

Ilmos Sres.

Presidente

SANTIAGO SERENA PUIG

Magistrados

ANTONIO ANGÓS ULLATE (Ponente)

JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a 14 de abril de 2020.

La Audiencia Provincial de Huesca ha visto, en nombre del Rey, el recurso de apelación planteado en los autos de juicio ordinario número 457/11 seguidos antes el Juzgado de primera instancia e instrucción número 1 de Jaca, sobre impugnación de un acuerdo comunitario. UDALARIA, S.L. los promovió, como demandante, dirigida por el letrado Higinio Isidoro Sorribas Saldes y representada por la procuradora María Dolores del Val Esteban, contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la AVENIDA000 , número NUM000 , de Jaca, como demandada, defendida por la letrada Xenia Cabello Cánovas y representada por la procuradora María Cruz Labarta Fanlo. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 16 del año 2017, e interpuesto por la actora. Es ponente de esta sentencia el Magistrado Antonio Angós Ullate.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 1 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " *FALLO / Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores del Val Esteban en nombre y representación de UDALARIA, S.L. contra la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la AVENIDA000 nº NUM000 de Jaca, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVOLVO a la referida demandada de todas las pretensiones ejercitadas contra ella en el presente procedimiento . / Se condena en costas a la parte actora*".

SEGUNDO: Contra la anterior sentencia, la representación procesal de la demandante, UDALARIA, S.L., interpuso recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: *se estimen íntegramente los pedimentos de esta parte en la demanda, con condena en costas a la demandada*. A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la representación procesal de la demandada, la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la AVENIDA000 , número NUM000 , de Jaca, se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por el término legal, acordó remitir los autos a esta Audiencia, en donde quedaron registrados al número **16/2017**.



TERCERO: Habiéndose presentado documentos con el escrito de oposición al recurso y planteada una cuestión incidental por parte de la Comunidad demandada, por auto de fecha 1 de febrero de 2017, acordamos lo siguiente:

" PARTE DISPOSITIVA

LA SALA HA RESUELTO: 1. DENEGAR el trámite previsto en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por carencia sobrevenida de objeto, según lo interesado en el apartado (i) del escrito de oposición al recurso presentado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA000 NÚMERO NUM000 de Jaca.

2. DENEGAR la admisión de los dos documentos acompañados al mismo escrito de oposición (folios 297 y 298), por lo que serán devueltos a la indicada parte a través de su representación procesal y, en su lugar, quedará testimonio de esta resolución, una vez haya alcanzado firmeza".

CUARTO: Posteriormente, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para todo lo cual señalamos el día de hoy.

En la tramitación de esta segunda instancia, no se ha cumplido el plazo procesal para dictar sentencia debido a la atención prestada a otros asuntos, penales y civiles, pendientes ante esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En cuanto a las alegaciones de falta de legitimación activa sobrevenida y carencia sobrevenida del objeto litigioso planteadas por la Comunidad de propietarios demandada al oponerse al recurso, nos remitimos a los razonamientos jurídicos desarrollados en el indicado auto de 1 de febrero de 2017, los cuales dicen lo siguiente: "PRIMERO: 1. Previamente debemos resaltar que los hechos alegados en el exordio del escrito de oposición al recurso (que la apelante ya no es propietaria del piso NUM001 de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVENIDA000 NÚMERO NUM000 -, y sobre los que versa la prueba documental) no son subsumibles en el supuesto de *carencia sobrevenida de objeto* regulado en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que las pretensiones de la parte actora no han quedado satisfechas fuera del proceso. / 2. Durante su tramitación, podría haberse producido la transmisión del objeto litigioso aludida en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que podría justificar una sucesión procesal; pero tampoco debemos pronunciarnos sobre ello, dado que el hipotético adquirente de la finca no ha planteado pretensión alguna al respecto. De este modo, hemos de estar a la situación vigente en el momento en que la demanda fue presentada, con arreglo a los efectos procesales derivados de la litispendencia recogidos en los artículos 410 a 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*perpetuatio iurisdictionis* [perpetuación de la jurisdicción], *legitimationis* [de la legitimación] y *actionis* [de la acción]), en este caso, la perpetuación de la legitimación, según lo previsto expresamente en el artículo 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aclara la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia, por ejemplo, número 4 50/2014, de 4 de septiembre) [...]".

SEGUNDO: La actora sigue manteniendo en su recurso que procede estimar íntegramente las pretensiones planteadas en la demanda, en cuya súplica se interesa lo siguiente: " PRIMERO.- Se anule el acuerdo de la comunidad de propietarios de la AVENIDA000 nº NUM000 de Jaca de fecha 16-10-2010, por el que se acuerda la instalación del ascensor por el patio de luces . / SEGUNDO.- Subsidiariamente, se condene a indemnizar a mi mandante por la comunidad de propietarios en la cantidad que en ejecución de sentencia se acredite [...]". El recurso también se remite a la demanda y, en especial, al escrito de conclusiones presentado tras la diligencia final acordada para la práctica de la testifical de la arquitecta municipal. La discrepancia con la sentencia se centra principalmente en dos aspectos: en que la instalación del ascensor afecta a elementos privativos, por lo que considera un abuso de derecho colocarlo por el patio de luces en lugar de por el hueco u ojo de la escalera; y en que falta el consentimiento del propietario afectado, la propia demandante, si la ubicación del ascensor se hace por el patio de luces.

TERCERO: 1. Con relación al primer extremo, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio debemos admitir que técnica y arquitectónicamente tan viable es la instalación del ascensor por el patio de luces como por el hueco de la escalera; que en ambos casos se afectan tanto elementos privativos como comunes del edificio; y que hemos de presumir que las Administraciones públicas competentes (la DGA y el Ayuntamiento de Jaca) no se opondrían a la realización de la obra por uno u otro lado, pese a las limitadas dimensiones del patio de luces y del hueco de la escalera, a fin de *mejorar las barreras arquitectónicas*, como aclaró la arquitecta municipal en la vista. En el informe emitido por la arquitecta técnica Sra . **Benita** en fecha 6 de octubre de 2015 (folio 94 -documento número 3 de la contestación a la demanda), se dice que el hueco de la escalera carece de las dimensiones necesarias para la caja del ascensor; pero en el juicio la arquitecta municipal, a preguntas de uno y otro letrado, sí defendió que *la instalación del ascensor se puede hacer técnicamente por uno u otro espacio*.



2. No obstante, ambas soluciones tienen sus inconvenientes. Con la instalación del ascensor por el patio de luces, la luz y la ventilación de las estancias o habitaciones que den al patio (especialmente las de los pisos más bajos, como el de la actora) se verán reducidas, a tal punto que podrían tener *otra calificación* [urbanística], según lo aclarado por misma la arquitecta municipal en el juicio (*podrían pasar a ser otro tipo de piezas*, como si fuera un *trastero*, porque *no tendrían la iluminación que exige la normativa*), aunque la misma profesional vino a defender la instalación del ascensor (*se pone en una balanza lo que más pesa*), aparte de que tuvo *clarísimo* que habría *una revalorización del inmueble*.

3. La colocación del ascensor por el ojo de la escalera supondría la ocupación directa de un espacio privativo, el local propiedad del Sr. **Amador** situado en la planta baja. En nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2015 admitimos el carácter privativo de ese "espacio ubicado bajo el ojo y correa de la escalera".

4. En principio, la junta es soberana para optar por una u otra solución -la instalación del ascensor por el patio de luces o por el hueco de la escalera-, dado que no vemos razones de peso para imponer un criterio concreto o para sostener que el acuerdo adoptado supone la situación de abuso de derecho contemplada en el artículo 18.1-c) de la Ley de Propiedad Horizontal.

CUARTO: 1. Ahora bien, una cosa es que la junta sea soberana para adoptar los acuerdos que estime oportunos sobre la instalación del ascensor y otra distinta que se deban respetar los demás requisitos legales, no solo la concurrencia de las mayorías del total de propietarios y de las cuotas de participación previstas en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, redacción vigente cuando el acuerdo objeto de impugnación fue adoptado, el 16/10/2010 (tres quintas partes en uno y otro caso), sino también que el propietario disidente tenga la *obligación jurídica de soportar el acuerdo*, como señala asimismo el citado artículo 18.1-c).

2. Así, el artículo 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal disponía, en su redacción vigente cuando el acuerdo fue adoptado (reforma introducida por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre), que *las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo caso, el consentimiento expreso de éste* (actual artículo 17.4, párrafo tercero).

3. La excepción se encuentra en el artículo 9.1-c), a cuyo tenor es *obligación de cada propietario " consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17 [en cuyo apartado 1, párrafo segundo, se regulaban las mayorías de votos relativas a la instalación del servicio de ascensor, como hemos dicho] , teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados"* (se mantiene actualmente esta redacción del artículo 9.1-c), salvo la referencia al artículo 17 y que se amplía el ámbito de las actuaciones comunitarias).

4. Sobre esta materia, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (Sentencia: 732/2011 - Recurso: 2240/2008) " *fija 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 funcionalidad del espacio privativo***" (los énfasis son nuestros).

5. En el presente caso, la instalación del ascensor por el patio de luces a modo de servidumbre supondría una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de una de las habitaciones del piso de la actora debido a una disminución importante de su ventilación e iluminación, dadas las escasas dimensiones del patio (en su límite urbanístico mínimo) y la cercanía de la caja del ascensor con la ventana de esa estancia privativa, por lo que pasaría a constituir una especie de *trastero*, en los términos indicados anteriormente.

6. Es verdad que, como se arguye en el escrito de oposición al recurso, no disponemos de una prueba pericial directa que analice todos los detalles técnicos sobre tales circunstancias. No obstante, sí contamos con las declaraciones de la arquitecta municipal antes referidas y también:

a) con los informes técnicos aportados con la contestación a la demanda, como el elaborado por la arquitecta técnico Sra. **Benita** , antes mencionada, en el cual se incluyen dos planos muy ilustrativos para poder darnos cuenta del problema de la habitabilidad (folios 108 y 109);

b) con las fotografías y demás documentos unidos a los autos;

c) con las declaraciones de la arquitecta municipal, ya referidas, aunque ciertamente reconoció que no hizo medición alguna;



d) principalmente, con las declaraciones de la arquitecta municipal que intervino en el anterior juicio ordinario número 283/2005 (concluido por la sentencia unida a los folios 124 y siguientes -documento número 6 de la contestación a la demanda), como consta en el disco unido entre los folios 57 y 58, a partir de la hora 1:25:20 (no sabemos si se trata de la misma arquitecta municipal que ha declarado en los presentes autos, dado que los nombres no se escuchan bien y las imágenes no son nítidas), la cual había emitido un informe, suponemos que para la concesión de la licencia municipal de obras para la instalación del ascensor por el patio de luces, y sí se pronunció sobre las medidas del patio de luces (3 por 3,20 metros), sobre el alcance mínimo admitido de esa superficie (3 por 3 metros) y sobre la repercusión que la instalación del ascensor por el patio interior ocasionaría a las viviendas contiguas, en forma de *ruidos y disminución de la ventilación e iluminación*, principalmente los pisos más cercanos al suelo (como el de la actora), a tal punto que la arquitecta sostuvo que si las "*piezas vivideras*" resultaran afectadas no informaría favorablemente, aparte de que la licencia municipal de obras se otorga sin perjuicio de tercero, como también explicó la misma arquitecta, aunque añadió que *tendría que comprobar si resultan perjudicadas habitaciones o meras despensas o estancias similares*;

e) con las declaraciones del representante de la empresa de ascensores que depuso en la misma vista del anterior procedimiento (parece que dio el nombre de LIMELIVE), a partir de la hora 38:26, el cual también se refirió a que los patios de luces en Jaca tienen que tener un mínimo de 3 x 3 metros y a que el espacio que quedaría tras la ocupación de 1,35 metros (lineales) por la caja del ascensor sería de 60 cm en un lado y sobre 1 metro en el otro lado, según se observa, por ejemplo, en el plano unido al folio 109;

f) y con las declaraciones del Sr. Braulio, representante de la actora, en el mismo anterior juicio.

7. De todo ello resulta que, con la instalación del ascensor por el patio de luces, la habitación del piso NUM001 de la demandante perdería su condición de dependencia habitable desde el punto de vista urbanístico y pasaría a ser una especie de trastero debido a la reducción significativa del espacio mínimo asignado urbanísticamente para la ventilación e iluminación de esa clase de estancia, dado que, como consecuencia de la ocupación parcial de patio de luces por el ascensor, esa pieza vividera solamente tendría, desde el vano que se observa en las fotografías, un espacio de entre 60 cm a 1 metro hasta el inicio de la estructura del ascensor, aparte del mayor ruido que el ascensor provocaría en su discurrir por el patio de luces.

8. Por consiguiente, la actora, de acuerdo con la jurisprudencia referida, no tiene la obligación jurídica de soportar el acuerdo, máxime cuando la comunidad no le reconoce a su favor el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, lo que en este caso se podría haber determinado en otro procedimiento (antes de la instalación del ascensor) de no haber estimado la pretensión principal de la demanda, de manera que, dada la falta de consentimiento de la actora al establecimiento de la servidumbre con la instalación del ascensor por el patio de luces, procede declarar la nulidad del acuerdo comunitario impugnado, todo lo cual conlleva la **estimación** del recurso y de la demanda.

QUINTO: 1. Dado que la demanda es estimada y que el caso no presenta serias dudas de hecho ni de Derecho más allá de las que son inherentes a todo litigio, debemos imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Al haber sido estimado el recurso, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Asimismo, procede disponer la devolución del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento del apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: 1. ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante, UDALARIA, S.L., contra la sentencia referida, que REVOCAMOS.

2. En su lugar, ESTIMAMOS la demanda y *declaramos la NULIDAD del acuerdo adoptada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la AVENIDA000, número NUM000, de Jaca de fecha 16/10/2010, por el que se acuerda la instalación del ascensor a través del patio de luces.*

3. Imponemos a la demandada las costas causadas en la primera instancia.

4. No hacemos especial declaración sobre las costas de esta segunda instancia.

5. Asimismo, disponemos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción



procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los plazos para interponer los recursos se contarán a partir del cese de la suspensión acordada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CEJ 03