



Roj: **STS 5021/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5021**

Id Cendoj: **28079110012013100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2013**

Nº de Recurso: **1514/2011**

Nº de Resolución: **637/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 318/2011,**
STS 5021/2013,
AATS 10709/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en recurso de apelación núm. 803/2010 , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 289/2009 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barakaldo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Mª. José González Cobreros en nombre y representación de doña Palmira , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Federico Ruipérez Palomino en calidad de recurrente y la procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Barakaldo, en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Manuel Hernández Urigüen, en nombre y representación de doña Palmira interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad, por valor de 171.798,00 €, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, contra la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Barakaldo; y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que <<estimando íntegramente la demanda, condene a la demandada a abonar a la actora, la cantidad de CIENTO SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS (171.798,00 €), en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, más los intereses legales que correspondan desde la presentación de la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte contraria>>.

2.- La procuradora doña Clara , en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 de Barakaldo, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<desestimando íntegramente las peticiones de la actora, y subsidiariamente para el caso de que S. Sª acuerde que mi mandante debe abonar a la actora una indemnización en concepto de daños y perjuicios, ésta se fije en 13.860 € más el IVA y la licencia de obras, con expresa imposición de costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barakaldo, dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO.-**



Desestimo la demanda formulada por el Procurador Manuel Hernández Urigüen, en nombre y representación de doña Palmira frente a la Comunidad de Propietarios nº NUM000 de la CALLE000 , y en su virtud, absuelvo al referido demandado de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 15 de abril del 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*.-

Que, desestimando el recurso de apelación presentado por D.ª Palmira contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 3 de Baracaldo en el juicio ordinario nº 289/09 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a la parte apelante.

TERCERO .- 1.- Por D.ª Palmira se interpuso recurso de casación por "interpretación errónea y consecuente inaplicación de los arts. 9 , 11 , 17 , 18 y concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal , preceptos de aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente proceso, que versa sobre la **reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios sufridos por la propietaria de un local, a consecuencia de la instalación del ascensor acordada por la Comunidad de Propietarios del inmueble al que el mismo pertenece** " .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de febrero de 2012 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Barakaldo, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día ocho de octubre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia consideró probados lo siguientes hechos aceptados por la Audiencia Provincial:

De la prueba documental que se acompaña a las actuaciones, resulta que en fecha de 25 de mayo de 2006, se llegó a un acuerdo por la Comunidad de Propietarios, por unanimidad, a la instalación de un **ascensor** por parte de Oskiz (doc. nº 3 de la contestación). Se iniciaron los trabajos de instalación y tuvieron que suspenderse por los motivos que se reflejan en el acta de fecha 16 de enero de 2007 (doc. nº 4), esto es, la zona bajo escalera ha sido ocupada por los baños y cocina del local de la actora, Sra. Palmira , en el cual, afirman los técnicos, se habría roto un muro de contención para la instalación de los baños y cocina. En esa junta ya se acuerda o bien llegar a un acuerdo o bien acudir a la vía judicial. En fecha 6 de marzo de 2007, se celebra junta en la que se acuerda que se contratarán los servicios de un profesional para que concrete la superficie necesaria para la instalación del **ascensor**, que posiblemente sean más de cuatro metros, y se dice que se indemnizará en función de los metros ocupados, previa comprobación de si la zona bajo escalera se haya inscrita a favor, lógicamente, de la actora, y finalmente se concluye, que con el resultado se valorará una solución amistosa (doc. nº 10 de la demanda). En fecha 20 de junio de 2007, se celebra nueva junta en la que se acuerda acudir a un procedimiento judicial para la recuperación del bajo de la escalera. En fecha 11 de julio de 2007, se acuerda por la Comunidad (doc. 14 y 15 de la demanda), en la que la parte actora acepta la oferta propuesta por la comunidad, en el sentido de permitir la ocupación de la parte del local que resulte necesaria, que aproximadamente, viene a ser una superficie de un metro cuadrado hasta el suelo, y otros once hasta una altura de 1,60 metros, y como contraprestación, se le dará permiso para la segregación del local, y cambiar la utilidad de una de las partes del local comercial a viviendas. Igualmente, aceptarán la instalación de salida de gases y ventilación necesarias para las viviendas, siempre y cuando se respete la normativa vigente. Este acuerdo es vinculante para ambas partes, para la Comunidad de Propietarios y para la Sra. Palmira .

En fecha 14 de enero de 2008, se acuerda por mayoría, la instalación de la salida de ventilación bajo la supervisión de los técnicos de obra del ascensor. En fecha 19 de febrero de 2008 se celebra nueva junta en la que se pone de manifiesto que las tuberías que se iban a instalar nada tenían que ver con lo acordado en enero de 2008, y que dado que las instalaciones se exceden de lo previsto y que afectaría a elementos comunes se decide que de ahora en adelante se estudiará cualquier propuesta para la instalación, siempre y cuando se solicite por escrito y detallado por un técnico competente, y no resulte perjudicial para los intereses comunitarios. Como documentos



24 y siguientes de la demanda, se presentan notificaciones de la actora a la demandada en cumplimiento de lo acordado en fecha 19 de febrero, es decir, se presenta informe detallado por técnico competente. En fecha 29 de septiembre de 2008 (doc. nº 29), se celebra nueva junta y se acuerda por la comunidad de propietarios no conceder autorización para acometer las salidas.

De lo anteriormente expuesto, resulta evidente que se han ido cambiando las pretensiones de las partes, desde un inicio, y no solo de la demandante sino también de la demandada, lo cual ha generado un cierto desconcierto y confusión, entiendo, entre todos los vecinos, hasta el punto de que cuando llegaron al acuerdo de fecha 11 de julio de 2007, no sabían el alcance del mismo. Por parte de la demandante, las reivindicaciones han ido cambiando, primero era la modificación exclusivamente de la lonja en vivienda, sin tocar la tienda de golosinas, es decir, una sola vivienda, así resulta del doc. nº 5 de la contestación, después, en reunión de 17 de mayo de 2007, se habla de parada de **ascensor** en la vivienda, y finalmente, en julio se alude a la segregación de la lonja, incluida la tienda de golosinas, y conversión en dos viviendas. Por su parte la demandada, también ha ido matizando su acuerdo inicial puesto que en fecha de 11 de julio, al acuerdo al que se llegó era aceptar la instalación de salidas de gases y ventilación necesarias, según la normativa vigente, y en febrero de 2008, ante la magnitud de los trabajos, lo matiza y dice que, se autoriza pero que siempre que no perjudique los intereses de la comunidad. Cuando se llegó a este acuerdo, la representante de la actora se encontraba presente en la reunión, y no solamente no se opuso al mismo, sino que lo aceptó y presentó informes detallados de la instalación necesaria, con lo que consideró que el referido matiz debe incluirse en el convenio al que llegaron las partes.

SEGUNDO .- Por la Audiencia Provincial en su sentencia se matizaron los hechos probados con el siguiente texto:

"La resolución del recurso de apelación interpuesto por D.ª Palmira contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 3 de Baracaldo, que desestimó la demanda interpuesta contra la Comunidad de Propietarios de la casa nº NUM000 de la CALLE000 de dicha localidad aconseja recordar el contenido y fundamento de la acción ejercitada y los antecedentes fácticos que la sustentan.

La Sra. Palmira resulta ser titular de un local comercial sito en la planta baja del inmueble antedicho, que ha estado dedicado a la actividad de bar y también, en uno de sus extremos, a la venta de productos de confitería y golosinas; se da la circunstancia de que la Sra. Palmira se ha venido aprovechando de un espacio situado bajo la caja de la escalera, cuya naturaleza de privativo o común no interesa pues no se ha discutido a ese respecto, pero que supone en cualquier caso una extensión de la parte del local destinado a bar encontrándose precisamente en esa zona la cocina de la que el establecimiento se sirve y también los aseos.

La Comunidad de Propietarios ha mostrado interés desde antiguo en la instalación de un **ascensor**; y, al decidirse a acometer las obras correspondientes, se percataron de que era obligada la invasión de la zona del local que se ha mencionado, situada bajo la caja de la escalera, para ubicar allí el foso del **ascensor**; el asunto se trató en diversas juntas de propietarios en las que la Sra. Palmira hizo patente sus reivindicaciones con cargo a la Comunidad a cambio de ceder los metros cuadrados de su local necesarios para ubicar allí el foso del **ascensor** y considerando también la comunidad por su parte la posibilidad de reivindicar judicialmente esa zona como elemento común lo que incluso fue aprobado en junta de 20 de junio de 2007; ello no obstante unos días más tarde, en concreto en junta de propietarios celebrada el 11 de julio siguiente, se aprobó por unanimidad el acuerdo siguiente:

<< Aceptar la última oferta propuesta por la Comunidad en el sentido de permitir la ocupación de la parte del local que resulte necesaria, que aproximadamente y según los planos facilitados por la empresa instaladora, viene a ser una superficie de un metro cuadrado hasta el suelo y otros once hasta una altura de 1,60 metros. Respecto de la instalación del nuevo servicio, abonaré la parte que me corresponde en función de mi cuota de participación, sin exención alguna.

Por parte de la Comunidad y en contraprestación a la cesión gratuita, recibiré el permiso para segregar el local y cambiar la utilidad de una de las partes del local comercial a viviendas. Igualmente, aceptarán la instalación de salida de gases y ventilación necesarias para las viviendas siempre y cuando se respete la normativa vigente>>.

El inicio de las obras de la instalación del **ascensor** tuvo una doble consecuencia: de un lado, el cese en la actividad de bar del local de la apelante (cuyo contrato de arrendamiento con la persona que lo regentaba fue previamente rescindido) por la eliminación de elementos tan imprescindibles para dicha actividad como eran la cocina y los aseos; de otro, se inició la polémica sobre las características de las salidas de gases y ventilación que habían sido pactadas para servir a las viviendas que se iban a instalar en el local comercial, así como su trazado o trayectoria, ratificándose no obstante la autorización de la Comunidad para ejecutar dicha instalación y la forma de llevarla a cabo a costa de la Sra. Palmira en la junta de propietarios de 14 de enero de 2008.



Las cosas se tuercen a partir de la junta de propietarios de 19 de febrero siguiente, ante el alcance y entidad de las obras de salida de gases y ventilación que la Sra. Palmira pretendía, manifestándose en la dicha junta que eran distintas y más gravosas para la Comunidad que las sugeridas en la junta de 11 de julio anterior que las había autorizado por unanimidad; y el asunto se rompe definitivamente en contra de la Sra. Palmira cuando, presentado el anteproyecto para la conversión del local en viviendas con la previsión de los tubos de ventilación, shunts y salida de humos que habían de servir a las mismas, se celebra junta de propietarios con fecha 29 de septiembre de 2008 en la que se acordó por unanimidad denegar la autorización para la ejecución de dicha obra.

Como quiera que la anterior decisión comunitaria implicaba la imposibilidad de construir las viviendas previstas, la demanda promovida por la Sra. Palmira persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios que dicha decisión le ha ocasionado, que concreta en 171.798 euros que es el presupuesto para rehabilitar el local comercial en su superficie actual al objeto de destinarlo de nuevo a la actividad de bar, según informe del arquitecto D. Dimas (documento nº 30 de la demanda)".

TERCERO .- *Motivo único. "Interpretación errónea y consecuente inaplicación de los arts. 9 , 11 , 17 , 18 y concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal , preceptos de aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente proceso, que versa sobre la **reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios sufridos por la propietaria de un local, a consecuencia de la instalación del ascensor acordada por la Comunidad de Propietarios del inmueble al que el mismo pertenece** " .*

Se estima parcialmente el motivo .

Alega el recurrente que de acuerdo con el art. 9.1.c) de la LPH la Comunidad podía exigir la creación de servicios comunes de interés general, constituyendo servidumbre conforme a lo establecido en el art. 17 y teniendo derecho el afectado a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios. En contraprestación por dicha ocupación, en vez de resarcir económicamente, se acordó autorizar a la hoy recurrente para que segregara del local una parte de él y la destinara a vivienda, aceptando la instalación de salida de gases y ventilación, por lo que la actora y recurrente procedió a resolver el contrato de arrendamiento vigente sobre el local, para facilitar las obras acordadas. Tras diversas vicisitudes se le prohíbe la salida de tubos por el hueco de la escalera, por lo que la conclusión es que tenía un bar y ahora está cerrado, dado el hueco utilizado por el **ascensor**, en el que se encontraban los aseos y cocina que son necesarios reubicar en otro lugar, por lo que se le debe indemnizar por los metros ocupados, por el cese del negocio y la readaptación del local.

El Juzgado desestimó la demanda al entender que la inicial acción sustentada en el art. 9 de la LPH se había transformado en una de incumplimiento contractual y si lo pretendido es el incumplimiento del contrato debió pedir la restitución del local a su estado anterior y no una indemnización para poder utilizar nuevamente el local.

La Audiencia Provincial desestimó la demanda y declaró que no podía enfocarse la cuestión desde la óptica contractual y que la actora debió impugnar el acuerdo en el que dejaba sin efecto el anterior por el que se autorizaba el cambio del local a vivienda y la salida de tubos de evacuación de gases y humo.

CUARTO .- *Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los problemas surgidos en aquellas ocasiones relativas a la instalación de un **ascensor**, en aquellos inmuebles que no tienen este 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... Establecido por 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 [RC 1574/2006] o 6 de septiembre de 2011 [RC 1337/2008]), 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 parte de un espacio privativo... (STS 10 de octubre de 2011 [RC 2240/2008]).*

STS, Civil del 20 de Julio del 2012. Recurso: 1678/2009 .

En el mismo sentido TS, Civil del 04 de Octubre del 2011, recurso: 1337/2008 . STS, Civil del 22 de Diciembre del 2010 , recurso: 1574/2006 .

Como contraprestación a la obligación impuesta al propietario, el artículo 9.1 letra c de la LPH le reconoce al propietario afectado el derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios causados, los cuales vienen correctamente fijados en la sentencia de 1ª Instancia, a determinar en ejecución de sentencia, a salvo de los acuerdos a que pudieran llegar las partes, conforme a los siguientes criterios:



a) una indemnización a precio de mercado, según locales de iguales características y ubicados en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m² invadida, según dictamen pericial, incluida la superficie de vuelo que se va a ocupar y calculada conforme al tiempo en que se proceda a la ejecución de las obras.

b) una cantidad a tanto alzado por el demérito experimentado por el local como consecuencia de su menor superficie en la zona de trastienda precisando que, a falta de acuerdo sobre dicha cantidad y siendo necesario acudir en ejecución de sentencia a la designación de un perito judicial, los gastos de todo tipo que se generen correrán a cargo de la comunidad de propietarios actora...

d) una indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras precisas, se causen daños al local previa acreditación fehaciente de los mismos .

STS, Civil sección 1 del 15 de Diciembre del 2010. Recurso: 506/2007 .

QUINTO .- Concretado lo que piden las partes, las razones por las que se denegó y la decantada jurisprudencia sobre la cuestión debemos declarar que pese a las fluctuaciones de la parte actora y de la demandada, lo que se pidió en la demanda, y sobre lo que debemos resolver como se reconoce en la sentencia de la Audiencia Provincial, es la acción del art. 9.1 c) de la LPH .

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* .

En la sentencia recurrida se declara que al haber cambiado de opinión la comunidad y modificado el acuerdo de Junta General de propietarios, debió impugnar este segundo acuerdo.

Sin embargo, el art. 9.1 c) de la LPH por su claridad no admite dudas, pues habiéndose aceptado la constitución de una servidumbre, el propietario afectado es acreedor a la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

Esa indemnización se pactó en especie, en concreto, mediante la aceptación por la comunidad de la transformación del local en vivienda y admitiendo el paso de tubos de evacuación. Ciertamente la ambigüedad técnica de la propuesta provocó que la comunidad al comprobar que el hueco de la escalera iba a quedar absorbido en gran parte por la citada conducción, dejó sin efecto la autorización.

Dicha negativa no era necesario impugnarla, pues la actora tenía una respuesta legal a su dilema cual es la ofrecida en el art. 9.1 c) de la LPH . No era necesario impugnarlo para hacer valer una prescripción legal como la del art. 9. Solo debería haberlo impugnado si lo que quisiera era mantener la adaptación en vivienda y los tubos de ventilación por las escaleras y no es ese su planteamiento al que renunció por la oposición de la Comunidad.

Por tanto, hemos de estimar el motivo de casación , concluyendo que la parte actora es acreedora de la correspondiente indemnización por la instalación de **ascensor** en el espacio ocupado por el mismo dentro de su local que habrá de incluir el precio de los metros cuadrados ocupados, la depreciación del local como objeto de arrendamiento y los gastos de adaptación al haber perdido aseo y cocina, conceptos todos ellos recogidos en la demanda y en el recurso.

El perito de la actora fija entre 1.500 y 1.800 Euros metro cuadrado el valor de la obra y entiende que afecta a todo el local. Y mide en 16,32 metros cuadrados la superficie ocupada por el **ascensor**. Dice que la superficie total de la planta baja es de 74,73 metros cuadrados.

El perito de la demandada lo evalúa en 1.100 Euros metro cuadrado y lo multiplica por 12.60 metros cuadrados. Esas son las dos razones de la diferencia de precio.

Ante la disparidad, será necesario que en ejecución de sentencia por el Juzgado se determine la concreta cuantía, que no podrá superar la solicitada en la demanda, y que habrá de tener en cuenta el precio de los metros cuadrados ocupados, la depreciación del local como objeto de arrendamiento y los gastos de adaptación, previo informe de perito judicial, en su caso (art. 219 LEC , interpretado en SSTS de 16-1-2012, rec. 460 de 2008 y 6-11-2012, rec. 999 de 2010).

SEXTO .- Estimado el recurso no procede imposición de costas en la casación (arts. 394 y 398 LEC)

No procede imposición de costas de la apelación.

Estimada la demanda, pero sin la concreción indemnizatoria solicitada, no procede expresa imposición de costas en la primera instancia.



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a Palmira representada por el Procurador D. Federico Ruipérez Palomino contra sentencia de 15 de abril de 2011 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya .
2. CASAR la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Se estima la demanda interpuesta en el sentido de fijar indemnización de daños y perjuicios a cuyo pago se condena a la demandada, que se determinarán en ejecución de sentencia por el Juzgado, fijando suma que no podrá superar la solicitada en la demanda, y que habrá de tener en cuenta el precio de los metros cuadrados ocupados, la depreciación del local como objeto de arrendamiento y los gastos de adaptación.
4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.
5. No procede imposición de costas de la apelación.
6. No procede expresa imposición de las costas de la primera instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.