



Roj: **SAP A 1441/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1441**

Id Cendoj: **03014370052020100172**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **5**

Fecha: **09/06/2020**

Nº de Recurso: **23/2020**

Nº de Resolución: **258/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ENCARNACION AGANZO RAMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

A.P. de Alicante (5ª.) Rollo 23/20

SENTENCIA NÚM. 258/20

Il'tmos. Sres.:

Presidente: D^a. María Teresa Serra Abarca

Magistrada: D^a Susana Martínez González

Magistrada: D^a M^a Encarnación Aganzo Ramón

En la ciudad de Alicante, a nueve de junio de dos mil veinte.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de **Juicio Ordinario nº 898/18** seguidos en el Juzgado de Primera Instancia 4 de Benidorm, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la demandante Dña. Felicísima, representada por el Procurador D. Antonio Lloret Espí y dirigida por el Letrado D. Gregorio Cortés Pérez, siendo apelada la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000, representada por el Procurador D. Juan Díez Siles y asistida por el Letrado D. Jacobo Balengo Farach.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Benidorm, en los referidos autos, tramitados con el número 23/20, se dictó Sentencia N.º 225/19 con fecha ocho de noviembre de dos mil diecinueve, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " *Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el procurador Antonio Lloret Espí en nombre y representación de Felicísima contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000, se declara la VALIDEZ de la Junta General Extraordinaria de 3 de mayo de 2018 y el acuerdo en ella adoptado sobre la iniciativa para la instalación de un ascensor en el citado edificio, con imposición de costas a la actora. Que ESTIMANDO la reconvencción interpuesta por el procurador Juan Díez Siles en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000, CONDENO a Felicísima A: 1) CONSENTIR la servidumbre necesaria para efectuar la instalación de un ascensor en la Comunidad de Propietarios " EDIFICIO000 " de Benidorm por el interior de la terraza de su vivienda, cediendo el espacio necesario, mínimo e imprescindible, de dicha terraza para que dicha instalación pueda ser efectuada por ser el único lugar hábil para ello, y como consecuencia de ello, 2) A ACEPTAR como indemnización por la ocupación del espacio de terraza necesario para realizar dicha instalación el valor del espacio que efectivamente ocupe dicha instalación calculado a un precio de 2.100 €/ m2. Deberá aceptar también que la comunidad de propietarios repare la terraza y asuma el coste de dejar el espacio de terraza convertido en interior de vivienda en estado de uso adecuado a la utilidad que tiene en la actualidad. 3) Al pago de las costas de la reconvencción".*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante expresada, habiéndose tramitado el mismo por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida por la Ley 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente **Rollo**



de Apelación número 23/20, señalándose para votación y fallo el pasado día nueve de junio de dos mil veinte, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a M^a Encarnación Aganzo Ramón

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por Dña. Felicísima declarando la validez del acuerdo adoptado en fecha 3 de mayo de 2018 sobre la iniciativa de instalación del ascensor en la comunidad demandada, por cuanto tales acuerdos se adoptaron cumpliendo los requisitos de información exigibles, el orden del día era suficientemente expresivo de los asuntos a tratar y fue adoptado, con asistencia de la actora, reuniendo sobradamente las mayorías legalmente exigibles. No obstante, señala que dichos acuerdos no ampararían, en modo alguno la efectiva instalación del ascensor, dado que resultaba necesario acordar en una o varias juntas posteriores todo lo necesario para su ejecución (el encargo de proyectos técnicos, su emisión, la solicitud de licencias, la presentación y aprobación de presupuestos, la contratación de las obras e instalaciones, la aprobación de las correspondientes derramas, etc). En cuanto a la reconvencción formulada, igualmente, se estima, reconociendo a la actora una indemnización equivalente al espacio que pierda conforme al proyecto que definitivamente sea ejecutado, valorada en la cantidad de 2100 euros/m2, acordando que sea la Comunidad de Propietarios la que deberá asumir el coste de dejar el espacio restante convertido en el interior de la vivienda propiedad de la actora en estado de uso adecuado a la utilidad que tiene en la actualidad.

Interpone la demandante recurso de apelación contra la referida sentencia alegando, en primer lugar, la infracción por aplicación indebida del artículo 18 1 c) de la Ley de Propiedad Horizontal y el art. 7 del Código Civil, así como del criterio del Tribunal Supremo respecto del abuso de derecho que supone la adopción de un acuerdo de instalación de un ascensor sin la existencia previa de un proyecto de obra que determine las características del mismo y su coste, así como de qué modo, manera y superficie habría de afectar en la creación de una servidumbre ocupando una propiedad privada, y del que se informe a la Junta General que adoptó el acuerdo. En segundo lugar, alegó, primero, la infracción por aplicación indebida del art. 406 LEC en cuanto a la reconvencción, dado que no existía conexión entre sus pretensiones y las que eran objeto de la demanda principal; y, segundo, vulneración del art. 24 CE dado que con la demanda reconvenccional planteada se causaba indefensión a la actora toda vez que no existía proyecto de obra sino un informe pericial sobre la viabilidad de la instalación del ascensor en el edificio, y que, dejando a un momento posterior la realización del proyecto de instalación del ascensor, se había privado a la parte actora de la posibilidad de conocer y alegar frente a los particulares que se decía se concretarían en ese proyecto y que eran esenciales, interesando la Comunidad que se dictare una sentencia condenatoria frente a la actora para soportar una servidumbre, desconociendo y no pudiendo alegar ni proponer prueba frente a apartados tales como ornato, revestimientos, habitabilidad y aislamiento acústico, así como plantear la correspondiente reclamación de daños y perjuicios incluidos los morales dimanantes de lo que se pudiera determinar en el proyecto de obra y de los diferentes apartados del mismo que pudieran afectar a su propiedad, relativos a posibles molestias que pudiera causar la nueva instalación.

La Comunidad de Propietarios demandada, por su parte, se opone al recurso de apelación señalando que no era un hecho controvertido que el único lugar en que se podía instalar en la ascensor en la Comunidad era por la fachada posterior del edificio y pasando por parte de una terraza que fuera descubierta en su momento y que ahora formaba parte de la vivienda propiedad de la apelante, que en varias juntas desde el año 2002 se había planteado la necesidad de instalación del ascensor, no aceptando la apelante la cesión del espacio necesario, y que era un hecho evidente que, de confirmarse la sentencia, la demandada tendría que encargar un proyecto de ejecución de instalación del ascensor a un profesional competente con la finalidad de definir en el mismo los aspectos que fueran procedentes de acuerdo con la legislación administrativa vigente, todo ello a efectos de obtener la oportuna, preceptiva y obligatoria licencia del Ayuntamiento de Benidorm, siendo el acuerdo impugnado tan solo un primer paso para la consecución de la instalación. Indica que a la Junta celebrada en fecha 3 de mayo de 2018 asistió la hija de la demandante, que dicha junta fue monográfica para el tratamiento de la cuestión objeto del punto a tratar: propuesta para instalar un ascensor en la finca, y que existían multitud de motivos jurídicos y humanos para acreditar la pertinencia de la instalación ideada. E indicó que la adopción del acuerdo impugnado era necesario para comprobar cuál era la voluntad de los copropietarios respecto a la instalación del ascensor, así como la interposición de demanda reconvenccional para determinar la obligación de la demandante a ceder el espacio necesario a cambio de una serie de contraprestaciones. Indicó que era



obvia la conexión de la demanda y la reconvencción, y que la sentencia debía confirmarse en este punto habida cuenta de que la cesión de parte de la terraza de la demandada constituía la única alternativa posible para la instalación del ascensor, no habiendo acreditado la apelante la pérdida de habitabilidad y funcionalidad de la vivienda.

SEGUNDO.-Como esencialmente lo que se pretende es denunciar una errónea valoración de la prueba, conviene recordar que según reiterado criterio jurisprudencial, si bien los litigantes evidentemente pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, no pueden tratar de imponerla a los juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia realiza de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia, que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión.

Pero teniendo en cuenta, como recuerda la STS de 14 de octubre de 2009 que *"el principio de inmediación tiene una presencia más limitada en la segunda instancia -lógicamente referida a la práctica de nuevas pruebas y celebración de vista- y el tribunal de apelación examina las actuaciones probatorias llevadas a cabo ante el Juzgado sin plena inmediación, si bien teniendo a su disposición las mismas mediante la grabación efectuada sobre su desarrollo."*

En definitiva, en la segunda instancia, cuando de valoraciones probatorias se trata, se debe comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable, circunstancias todas ellas que no concurren en el caso enjuiciado, donde el juzgador razona el resultado de las pruebas y aplica presunciones con argumentación suficiente y compatible con las denominadas "normas de la sana crítica", razonamientos que no pueden sino ser respetados por este Tribunal y a los que nos remitimos. Como recuerda la STS de 30 de julio de 2008: "La doctrina jurisprudencial admite la fundamentación por remisión; así, si la resolución de primer grado es acertada, la que confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir los argumentos, y sólo, en aras de la economía procesal, debe corregir aquéllos que resulten necesarios (STS de 16 de octubre de 1992); una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juez "ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya empleadas por aquélla."

Es decir, no es que este tribunal en apelación no pueda valorar de modo completo y de forma distinta las pruebas obrantes en la causa, llegando a conclusiones contrarias a las de instancia, que sí puede, mas si el criterio del tribunal a quo es razonable y sus conclusiones vienen suficientemente respaldadas por la prueba practicada y convencen suficientemente al tribunal de alzada, cual aquí sucede, no debe acogerse el punto de vista del apelante, solucionando el conflicto de modo diferente al de instancia con otra valoración de la prueba y consecuente argumentación, aunque pueda ser igualmente razonable.

En este caso, del examen de la resolución de instancia puesta en relación con el recurso interpuesto, no se evidencia ni la infracción de los preceptos legales que se citan, ni la existencia del error en la valoración de la prueba que en definitiva se pretende. Pura y simplemente se intenta sustituir tal valoración del juzgador a quo, fundada esencialmente en la prueba practicada, y consecuente argumentación y conclusiones jurídicas por otras más convenientes a los intereses de la parte recurrente, como seguidamente se expondrá.

TERCERO.- El Tribunal Supremo, en Sentencia num.7557/2010, de 22 de diciembre ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la compatibilidad del derecho de servidumbre con la ocupación de una parte de un bien privativo a fin de instalar un ascensor, señalando que *"la STS de 18 de diciembre de 2008 , califica como servidumbre esta ocupación y declara "Por lo que hace mención a la constitución de una nueva servidumbre, a tenor del artículo 17 será suficiente la simple mayoría, para la supresión de las "barreras arquitectónicas", que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía; esta regla permite a la Comunidad imponer esa servidumbre para la creación de servicios de interés general y cuando el acuerdo de la Junta reúna los presupuestos legales, con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios." En definitiva 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 para tal fin, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo. No obstante ser esta la afirmación que defiende el recurrente, y concurriendo aparentemente estos presupuestos en el supuesto que es examinado, el motivo no puede prosperar. La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo. En el presente caso la Audiencia Provincial ha declarado, tras examinar las pruebas practicadas que la constitución de la servidumbre en los términos que fue aprobada en la Junta de Comunidad, "supone la total privación de dicho*



espacio, con una repercusión total en la actual configuración del local, menoscabando, incluso, las expectativas de aprovechamiento económico del local, ya que no solo se le privaría de un importante volumen, sino que precisamente por dicha circunstancia las posibilidades de organización del espacio interior del local, se verían seriamente afectadas, con merma evidente de sus posibilidades de explotación". "

Esta sala ha tenido ocasión igualmente de pronunciarse en relación con la necesidad de consentimiento en la instalación del ascensor del copropietario que quedará afectado por la servidumbre necesaria, por ejemplo, en la Sentencia 262/16 de 8 de junio, citada por la apelada, señalando que " *El motivo tercero denuncia la vulneración de los arts. 10 y 17.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, basándose esencialmente su argumentación en una sentencia del Tribunal Supremo que transcribe y que considera aplicable. El mismo tribunal ha puesto de manifiesto la indudable incidencia práctica en esta materia de las circunstancias del caso concreto y en otra sentencia, esta dictada el 20 de julio de 2012 se pronuncia en los siguientes términos: 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 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. 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. 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 o de septiembre de 2011), 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, 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 de su espacio privativo.", (STS 10 de octubre de 2011 [RC 2240/2008])*

Añade esa sentencia que "La aplicación de esta doctrina al caso que se examina exige la desestimación de este motivo del recurso. No es un hecho discutido que uno de los propietarios demandantes verá afectado el uso, no de un elemento privativo, sino de un elemento común cuyo uso privativo tenía atribuido, como consecuencia de la instalación del ascensor, pero lo cierto es que su consentimiento para la validez del acuerdo no era necesario".

En cuanto a la necesidad de proyecto de obra, el Tribunal Supremo, en Sentencia num. 1090/2019 de 5 de abril, ha señalado que " *en el recurso de casación y ya en la demanda se alegaba por los dueños de los locales, que se había aprobado la bajada del ascensor a cota 0, sin proyecto alguno que definiese la obra a realizar, lo que constituía un manifiesto abuso de derecho (artº 18.1 c) de la LPH), en cuanto que como anunciaba la comunidad, pretendía ocupar parte del local de uno de los demandantes. La ausencia del referido proyecto provocaba un acuerdo ausente de fundamentación, pues no se ofrecía a los comuneros información suficiente, y se desprotegía a los disidentes dejándolos indefensos, en cuanto no conocían los aspectos a impugnar de un proyecto que no existía. Por todo ello, procede estimar el recurso de casación, y asumiendo la instancia anulamos el acuerdo de 17 de septiembre de 2014 de la comunidad de propietarios, en cuanto que se adoptó el acuerdo en manifiesto abuso de derecho, impidiendo que los demandantes pudiesen hacer uso de su legítimo de derecho de defensa, al ocultar la comunidad los términos en los que se iba a desarrollar la obra (no hubo proyecto), que previsiblemente podía afectar a los locales de los comuneros disidentes"*

Finalmente, sobre la misma cuestión, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 4.ª, 133/2015, de 31 de marzo señala que " *la Juzgadora de Primera Instancia razona que se la Comunidad de Propietarios ha actuado con abuso de derecho al adoptar el acuerdo careciendo de anteproyecto, proyecto o informe técnico y que se ha adoptado el acuerdo en base a una superficie que carecía de todo aval técnico. Recordemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 553-31-1 del Codi Civil de Catalunya, los acuerdos pueden impugnarse judicialmente en los siguientes casos: " a) Si son contrarios a las leyes, al título de constitución o a los estatutos o si, dadas las circunstancias, implican un abuso de derecho. b) Si son contrarios a los intereses de la comunidad o son gravemente perjudiciales para un propietario o propietaria". No podemos compartir los argumentos expuestos en la sentencia apelada. Como dijimos en la sentencia dictada por esta misma sección cuarta, en fecha 23 de enero de 2014: "conviene recordar que la STS de 15 de noviembre de 2010, recogiendo la STS de 1 de febrero de 2006 indica que el abuso de derecho "se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo*



de 1991 y 25 de septiembre de 1996); *exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000 , una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)*". Y añade que *"en materia de propiedad horizontal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009 ha entendido que el abuso de derecho, referido en el artículo 18.1c) 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"* . Y la STS de 19 de diciembre de 2008 , señala que *"la doctrina jurisprudencial recoge los siguientes requisitos, que, si concurren conjuntamente, tipifican un abuso de derecho : a) uso de un derecho objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo), u objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Por otra parte, el artículo 7.2 del Código Civil desprotege a quien ejercita un derecho abusivamente, lo que supone falta de acción o nacimiento de una excepción para repelerlo; según este precepto, la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo "*.

Sigue la mencionada sentencia señalando que *"pues bien, lo hasta aquí razonado no determina la nulidad del acuerdo impugnado en la presente demanda. Efectivamente, el inicial acuerdo de instalar el ascensor se adoptó sin contar con el proyecto que fue redactado con posterioridad, en febrero de 2012, ni con el presupuesto de la empresa instaladora, que se presentó en la Junta posterior de diciembre de 2011, pero sí se llevó a cabo teniendo en cuenta el asesoramiento técnico del legal representante de aquélla, que argumentó la imposibilidad de otra ubicación. ...Ambos técnicos han confirmado la viabilidad de la instalación del ascensor por el patio de luces y la imposibilidad de otra posible ubicación del ascensor que tenga su origen en la planta baja, pues sólo se baraja la posibilidad de un ascensor que tenga su inicio en la planta entresuelo pero ello no es equiparable pues debería salvarse un tramo de escaleras desde la planta baja al entresuelo. Por tanto, la falta de proyecto técnico definitivo en la junta de 20 de octubre de 2011 no justifica que el acuerdo adoptado sea nulo, pues lo que allí se acordó, en base a las explicaciones técnicas del legal representante de la empresa instaladora, se ha visto que era la solución adecuada, según los técnicos intervinientes en la obra. En cuanto a la indemnización, resulta, en efecto, afectada una mayor superficie del local que la calculada inicialmente, ...Pero la diferenciano puede suponer la existencia de abuso de derecho, sino únicamente, la aplicación proporcional de la indemnización a la superficie real afectada"*

CUARTO.-Aplicando tales consideraciones al presente procedimiento, debe concretarse que los acuerdos que se impugnan por la demandante Dña. Felicísima fueron los adoptados en Junta de Propietarios de fecha 3 de mayo de 2018, en la que se hizo constar *" Toma la palabra el administrador para indicar que, cumpliendo con lo acordado en la pasada junta general, se celebra esta reunión para decidir sobre la instalación de un ascensor. Se continúa indicando que la instalación del ascensor, en esta finca requiere ocupar una zona privada, concretamente un trozo de terraza. Por tanto debemos de seguir una serie de pasos: El primero, sería votar para ver si los propietarios están de acuerdo con la instalación del ascensor. En caso afirmativo debemos de conocer si el propietario afectado, estaría de acuerdo con la cesión de parte de la terraza a cambio de una compensación. En función de la respuesta se plantearían diversos caminos. Si fuera afirmativo, se negociaría y se empezaría la instalación y si fuera negativo se tendría que acudir a los tribunales"* Sometido el acuerdo a votación, y con el único voto en contra de la demandante se recoge: *" Por lo que queda aprobada la instalación del ascensor por más del 50% de votos y coeficientes"*.

Resulta acertada la sentencia de instancia cuando señala que la convocatoria de la junta fue correcta, que de hecho la demandante asistió representada, y que la misma tenía información suficiente sobre el acuerdo que se pretendía adoptar, no sólo porque estaba incluido en el orden del día, sino también porque se habían celebrado varias juntas previas para tratar el tema, según manifestaron varios testigos, vecinos de la comunidad, y la administradora de la misma, en una de las cuales, incluso, se encomendó informe al Arquitecto Técnico D. David , que informó de cuál era el único espacio del edificio donde sería posible la colocación del ascensor, habiendo comparecido igualmente dicho perito al acto de la vista para dar las explicaciones oportunas.

Resulta correcta igualmente la actuación de la Comunidad de Propietarios, avalada por la sentencia de instancia, cuando, tras recabar el asesoramiento técnico correspondiente, decide someter en junta a votación la instalación del ascensor para recabar el parecer de los vecinos, y muy especialmente, el de la vecina afectada, para determinar si resultaba o no necesaria la intervención judicial, como así ha sido. La falta de proyecto de obra previo a la celebración de la junta no determina la nulidad de la misma, por cuanto que no se da el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en la sentencia expuesta más arriba, toda vez que se ha ofrecido a los comuneros información previa suficiente, no causando indefensión alguna al comunero disidente, que ha sido informado previamente de la forma de instalación del ascensor que se pretende, y que, según consta acreditado, es la única alternativa viable dadas las características del inmueble, sin que se haya acreditado por su parte la pérdida de habitabilidad y funcionalidad de la vivienda.



Y acierta igualmente la juzgadora de instancia cuando señala que el acuerdo adoptado, por sí mismo, no ampara la efectiva instalación del ascensor, sino que tan solo constituye el primer paso de un amplio proceso, en el que, evidentemente, será necesario encargar el correspondiente proyecto técnico, aprobar los presupuestos, obtener las correspondientes licencias, contratar las obras e instalaciones, y aprobar las derramas necesarias, acuerdos todos ellos en los que la actora tendrá la posibilidad de ser oída, e incluso, de impugnar lo acordado si resultara procedente.

Resulta, procedente, por tanto, la desestimación del recurso de apelación interpuesto en cuanto a la demanda principal, cuya íntegra desestimación debe confirmarse.

QUINTO.- En cuanto a la reconvenición formulada, es evidente, como se manifiesta en la sentencia de instancia, que la existencia de un acuerdo válido sobre la instalación del ascensor, conlleva determinar la servidumbre que resultaría necesario constituir para posibilitar dicha instalación, y el coste de la misma.

Y la sentencia de instancia resulta igualmente acertada en este punto, toda vez que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia avala la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos, permitiendo incluso la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios. Habiendo declarado por tanto la validez del acuerdo de instalación del ascensor, en la forma que posteriormente se determine, pero siendo irremediable la ocupación de parte de la terraza de la actora, resulta necesario fijar la indemnización correspondiente, lo que se ha llevado a cabo por la juzgadora teniendo en cuenta los posibles perjuicios que la servidumbre irrogará a la actora con toda probabilidad dado el uso que viene dando a la terraza en cuestión, fijando la indemnización en 2.100 €/m², resultante de incrementar el valor del metro determinado por el perito Sr. Ernesto en función del estado de conservación, en un coeficiente revalorizador del 50% habida cuenta de que la ocupación de la terraza cegará la salida a la misma de una habitación principal de la vivienda. Todo ello sin perjuicio de que la comunidad deba, además, asumir el coste de dejar el espacio restante en un estado adecuado al uso que se le da en la actualidad, y que en caso de acreditarse molestias distintas a la simple utilización del espacio, tales como ruidos y vibraciones, pueda reconocérsele una cantidad adicional por los cauces oportunos.

No resulta incongruente lo acordado con el hecho de que se considere el acuerdo de la junta como un simple primer paso para la instalación del ascensor que se pretende, toda vez que determinar la ubicación del ascensor y la necesaria cesión por parte de la propietaria afectada a cambio de un precio cierto son premisas necesarias para que pueda seguirse adelante con dicho proceso. Lo descabellado sería que la Comunidad se embarcara en gastos tales como contratación de un proyecto de ejecución y solicitud de licencias municipales, sin tener garantizada la disposición del espacio necesario para ello, para lo que ha resultado imprescindible la tramitación y resolución de las cuestiones planteadas en este procedimiento. Y no puede aceptarse, como pretende la apelante, la existencia de indefensión alguna, toda vez que la actora ha podido conocer la ubicación del ascensor cuya instalación se pretende, la parte concreta de su vivienda que debería ceder, y la valoración que se propuso por metro cuadrado. En cualquier caso, dadas las sucesivas actuaciones que deberá realizar la comunidad para completar la instalación que se pretende, y las nuevas decisiones que habrán de someterse a la decisión de la junta de propietarios, en las que podrá participar, alegar e impugnar la actora, está garantizada la contradicción y defensa de la misma. Debe desestimarse, por tanto, el recurso de apelación interpuesto en su integridad.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar al pago de las costas causadas al apelante, con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Felicísima representada por el Procurador Sr. Lloret Espi, contra la Sentencia dictada en fecha 8 de noviembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Benidorm en autos de Juicio Ordinario num. 898/18, **debemos confirmar y CONFIRMAMOS** dicha resolución, con condena a la apelante al pago de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en los artículos 248 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 4 y 212 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación. Contra ella cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto respectivamente en los arts. 477 2 3º y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil,



que podrán formalizarse por escrito ante esta Sección de la Audiencia en el plazo de veinte días a contar desde su notificación, plazo que queda duplicado, ampliándose hasta 40 días, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 2 del Real Decreto-Ley 16/20, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

El indicado término, de conformidad con el artículo 2.1 del Capítulo I del Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril, empezará a computarse el primer día siguiente hábil a aquél en el que deje de tener efecto la suspensión establecida en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463 /2020 de 14 de marzo.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ