



Roj: **SAP B 10973/2001 - ECLI:ES:APB:2001:10973**

Id Cendoj: **08019370172001100912**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **23/11/2001**

Nº de Recurso: **555/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **AMELIA MATEO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO Nº 555/2001

JUICIO MENOR CUANTÍA Nº 526/99

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm.

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ FRANCISCO VALLE GOMBAU

D. VICTORIANO DOMINGO LOREN

D^a AMELIA MATEO MARCO

En la ciudad, de Barcelona, a veintitrés de noviembre de dos mil uno.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Menor Cuantía nº 526/99, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona, a instancia de D^a. Elsa representada por la Procuradora D^a. Virginia Gómez Papí y dirigida por la Letrada D^a. M^a. Carmen Detrell Elías contra D. COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/. DIRECCION000 Nº NUM000 DE BARCELONA y D. Carlos María representados por la Procuradora D^a. Marta Pradera Rivero, y dirigidos por el Letrado D. Carlos González; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte la representación de la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 21 de marzo de 2.001, por la Sra. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora D^{ña}. Virginia Gómez Papi, en nombre y representación de D^{ña}. Elsa , contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la finca sita en la DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona, debo absolver y absuelvo a dicha demandada, de los pedimentos contra ella instados en la demanda, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento, a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes y comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día DIECINUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL UNO, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. AMELIA MATEO MARCO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- En el presente procedimiento, en que se impugna el acuerdo comunitario de instalación de un **ascensor** por el patio interior de la finca, dos son básicamente las cuestiones que ha mantenido en la alzada la apelante para fundar su nulidad: existencia de un uso y disfrute exclusivo sobre el referido patio, atribuido al piso de su propiedad, y en consecuencia, necesidad de obtener su consentimiento para que el acuerdo sea válido, de conformidad con lo establecido en el art. 11.3 LPH.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ciertamente no consta atribuido el uso y disfrute exclusivo en la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal, pero ello debe imputarse a un olvido en la misma, porque "de facto" el piso propiedad de la actora tiene atribuido ese uso y disfrute exclusivo desde tiempo anterior incluso al otorgamiento del título constitutivo, en 1959, ya que como ha constatado el perito judicial (fol. 176), el edificio fue construido en dos fases. En 1912 se construyó la planta baja con almacén y la planta primera, donde se hallan ubicados los pisos de la actora (principal primera y segunda), y en el plano adjuntado con el permiso de obras ya aparece grafiada la puerta de salida al patio desde uno de esos pisos (no se especifica si el principal primera o segunda), por lo que la misma data de esa fecha. En el año 1914 se construyeron el resto de las plantas.

El piso propiedad en la actualidad de la actora ha tenido atribuido pues el uso y disfrute exclusivo del referido patio, -ningún otro tiene acceso al mismo-, desde hace casi ochenta años, con total aquiescencia del resto de los integrantes de la Comunidad, cuya constitución fue incluso muy posterior al inicio del mismo. En una de las actas aportadas por la propia Comunidad, en concreto la de 30 de marzo de 1987, se hace referencia incluso a ese uso y disfrute (fol. 16, último párrafo), por lo que carece de cualquier justificación que ahora lo pretenda negar, en contra de la evidencia fáctica.

SEGUNDO.- A pesar del uso y disfrute exclusivo que la actora tiene sobre el patio, no resulta de aplicación el art. 11.3 LPH, a cuyo tenor se requeriría su consentimiento, por hacer inservible la instalación del **ascensor** una parte de ese patio, pues como bien razona la sentencia de instancia, este precepto contempla únicamente las nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características, y el **ascensor** sí que es un servicio necesario para la adecuada habitabilidad de un inmueble de cinco plantas, según ha tenido ocasión de señalar la Jurisprudencia, y ni siquiera niega la apelante. La actual regulación exige para su establecimiento sólo el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, y ello aun cuando suponga la modificación del título constitutivo o de los estatutos (art. 17 1ª II), mayoría que concurre en el supuesto enjuiciado.

TERCERO.- Aunque no se haya referido la actora en su recurso, sí que aludió en su escrito de demanda al posible abuso de derecho que supondría a su entender la instalación del **ascensor** por el patio comunitario, en lugar de hacerlo por el hueco de la escalera, por lo que debe hacerse alguna consideración al respecto.

El propio Informe Técnico aportado junto a la demanda pone de manifiesto la existencia de inconvenientes tanto de una como de otra opción. Por lo que se refiere a la del hueco de la escalera, señala que en la actualidad no permite ninguna instalación mecánica, debiendo reformarse para ello, con lo que se podría instalar un aparato de reducidas dimensiones. Los inconvenientes de la instalación por el patio de luces se refieren a la afectación de los niveles de iluminación, ventilación y sonoros en las habitaciones de todos los pisos que dan al mismo, así como la pérdida de parte de la superficie y del uso actual del referido patio.

El dictamen pericial emitido a los fol. 175 y El de autos se muestra conforme con el de la actora en lo relativo a la reducción de la iluminación por lo que se refiere a la opción de que pase por el patio, no así de la ventilación, porque éste no dispone de la misma, y también en el uso, que tiene el piso de la actora, pero destaca que es menos agresivo para el edificio desde el punto de vista de las obras a realizar, pues la instalación por el hueco de la escalera supondría recortarla toda, lo que a efectos prácticos supondría apuntalar todas las bóvedas, recortar toda la estructura y realizar de nuevo todo el peldañado, con un coste de ejecución superior que podría superar los tres millones de pesetas de diferencial, amén de que, y esto es definitivo, el **ascensor** instalado por el patio interior sería del todo útil, es decir, admitiendo en su interior cuatro personas o una silla de ruedas, mientras que si se instalase por el hueco de la escalera quedaría limitado al uso de dos personas, con grandes limitaciones para maletas, bultos o simplemente el cesto de la compra.

Todas las circunstancias referidas hacen que el acuerdo de la Comunidad de propietarios de instalar el **ascensor** por el patio comunitario no pueda entenderse en modo alguno abusivo, ya que resulta la opción más razonable.



CUARTO.- Según el dictamen pericial, la instalación del **ascensor** por el patio incidirá por igual en las luces, vistas y ventilación de los distintos pisos del inmueble, en términos de proporcionalidad de superficie del piso afectada, pero no puede olvidarse que en el caso de la actora, al tener el uso y disfrute exclusivo del patio, la incidencia no será sólo respecto de tales luces, vistas y ventilación, sino que afectará también a dicho uso y disfrute, que quedará limitado al reducirse la superficie de aquél, por lo que a entender de la apelante debería indemnizársele, de conformidad con el art. 9.1 c) LPH, y al no haberlo sido debería anularse el acuerdo.

El **art. 9.1 LPH** establece que "son obligaciones de cada propietario: c) Consentir en su vivienda o **local** las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el art. 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios producidos".

El patio en cuestión no forma parte estrictamente del piso de la actora, pues se trata de un elemento comunitario, pero siendo su uso y disfrute exclusivo de aquélla, debe entenderse de aplicación el precepto transcrito. No se perjudica la propiedad de la actora, pero sí el disfrute de ese elemento comunitario, por lo que tiene derecho al resarcimiento que en el mismo se prevé por los daños y perjuicios derivados de la limitación.

Ahora bien, esta circunstancia no afecta a la validez del acuerdo, ni está establecido que se fije una indemnización con carácter previo a su adopción.

Por otra parte, tampoco puede fijarse en este momento la indemnización, ya que se trata de una cuestión que no ha sido objeto de debate, y se desconoce en qué medida se limitará el uso del patio puesto que no consta que exista todavía un proyecto de ejecución.

CUARTO.- Atendidas las circunstancias excepcionales del caso enjuiciado, derivadas tanto de cuestiones fácticas, como jurídicas, no procede hacer pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia (art. 523 LEC), ni tampoco sobre las de la alzada (art. 398 LEC 2000).

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Elsa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona en los autos de que este rollo dimana, confirmamos dicha resolución, a excepción de las costas, sobre las que no hacemos pronunciamiento en ninguna de las dos instancias.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Barcelona, a En este día y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado se da la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes, DOY FE.