



Roj: **SAP C 2056/2019 - ECLI:ES:APC:2019:2056**

Id Cendoj: **15030370032019100336**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **304/2019**

Nº de Resolución: **352/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ PENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00352/2019

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

IS

N.I.G. 15030 42 1 2017 0018940

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000304 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001037 /2017

Recurrente: Cosme , Paulina

Procurador: DOMINGO RODRIGUEZ SIABA

Abogado: MARIA DOLORES VASALLO RAPELA

Recurrido: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA000 NUM000

Procurador: AMALIA MOSQUERA HERRERO

Abogado: GLORIA MARIA VAZQUEZ VENTOSO

SENTENCIA

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª María Josefa Ruiz Tovar, presidenta.

Dª María José Pérez Pena.

D. Rafael Jesús Fernández Porto García.

En A Coruña, a 9 de octubre de 2019



Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente recurso de apelación tramitado bajo el número 304/2019, interpuesto contra la sentencia dictada el 29-03-2019 por el juzgado de 1ª Instancia N° 11 de A Coruña, en los autos de P. Ordinario N° 1037/17, siendo parte como apelantes-demandados: -D. Cosme -, con DNI n° NUM001 y Dª Paulina -, con DNI N° NUM002, y domicilio en c/ RUA000 N° NUM003 Arteixo, representados por el procurador D. Domingo Rodríguez Siaba, bajo la dirección de la abogada Dª Mª Dolores Vasallo Rapela, y siendo parte apelada- demandante: -Comunidad de Propietarios AVENIDA000 N° NUM000 de Arteixo-, con CIF NUM004 y domicilio en c/ AVENIDA000 N° NUM000 - NUM005 Arteixo, representada por la procuradora Dª. Amalia Mosquera Herrero y bajo la dirección de la abogada Dª Gloria Vázquez Ventoso; versando los autos sobre indemnización por constitución vervidumbre de paso para instalar **ascensor** y costas de ambas instancias.

Y siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dª. María José Pérez Pena.

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando los de la sentencia de fecha 29-03-2019, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 11 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Fallo:** Que estimando la demanda promovida por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE AVENIDA000 NUM000 DE ARTEIXO representada por la Procuradora Sra. Mosquera Herrero contra D. Cosme y DOÑA Paulina, representados por el Procurador Sr. Domingo Rodríguez Siaba:

1.- declaro la validez y plena eficacia del acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios de 26 de febrero de 2007 en cuanto a llevar a cabo la instalación del **ascensor** según un proyecto que parta de la ocupación de la propiedad de los actores condenando al demandado a estar y pasar por la anterior declaración y permitir en su **local** el establecimiento de la servidumbre que exige el servicio del inmueble para la instalación del **ascensor** y que permita el acceso a su **local** de personal especializado para realizar las obras necesarias a tal fin al amparo del **art. 9.1 LPH**.

2.-el derecho del demandado a ser indemnizado en cuantía de 7426,46 €.

No ha lugar a condena en costas".

Primero.- Interpuesta la apelación por D. Cosme y Dª Paulina, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso el procurador D. Domingo Rodríguez Siaba.

Segundo.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 25-06-2019, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente.

Se tiene por parte al Procurador D. Domingo Rodríguez Siaba, en nombre y representación de D. Cosme y Dª Paulina, en calidad de apelantes y se tiene por parte a la Procuradora Dª Amalia Mosquera Herrero, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de AVENIDA000 N° NUM000 de Arteixo, en calidad de apelada.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondía.

Tercero.- Por providencia de fecha 26-septiembre-2019 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8 de octubre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

Primero.- Concluye la sentencia dictada en la instancia con la estimación de la demanda rectora sin imposición de costas: alzándose contra la citada resolución esta última por entender que la misma ha incurrido en error en la interpretación de la prueba practicada, haciendo su particular lectura de las mismas para concluir solicitando sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada desestimando la demanda con imposición de costas a la actora; y/o subsidiariamente se estime en parte el recurso y en consecuencia se estime en parte la demanda declarando la validez y eficacia del acuerdo de instalación del **ascensor** del inmueble, según el estudio o proyecto técnico futuro que lo desarrolla y presupuestos que sean aprobados en legal forma en Junta por la Comunidad de Propietarios del edificio, estimando en consecuencia el apartado b) del suplico de demanda con desestimación del apartado c) del mismo dejando sin efecto el apartado 2 del fallo de la sentencia impugnada



y acordando la Sala que los demandados deberán ser indemnizados por todos los daños y perjuicios que la instalación del **ascensor** les causa, ello según lo previsto en el informe pericial judicial, bases y parámetros del mismo en la cuantía total mínima cifrada de 18.830,41 €, con reserva de derechos y acciones que en su caso procedan, sin imposición de costas en este caso.

Segundo.- Las sentencias y autos judiciales deben ser motivados (art. 120.3 C.E., 248 L.O.PJ., 208 y 218 de la L.E.C.) como exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esa exigencia de la motivación aparece vinculado a la efectividad de derechos fundamentales contemplados en el art. 24 C.E. como son: a) el derecho a la tutela judicial efectiva que conlleva la obligación de dar respuesta motivada a las cuestiones planteadas y b) el derecho a un proceso con todas las garantías, - que supone la posibilidad de defenderse frente a la resolución en vía de recurso, conociendo la "ratio decidendi" que ha llevado al juez al folio de la sentencia.

Asimismo las resoluciones judiciales han de ser congruentes con las pretensiones de las partes resolviendo las cuestiones por estas planteadas (arte 218.1 L.E.C.), de manera que solo cuando la resolución judicial cambie las cuestiones planteadas por las partes o altere los términos de la problemática planteada, nos hallamos ante una incongruencia relevante pues vulnera el derecho de defensa de las partes.

En el caso presente la sentencia apelada no puede decirse que incurre en vicio de incongruencia, pues da contestación a una cuestión litigiosa planteada en el proceso por las partes, a la vez que razona los motivos que le han conducido al resultado plasmado en la citada resolución.

Y el hecho de que la sentencia dictada en la instancia incurre en defectos de fechas, palabras y otras que consideramos que pequeña importancia y que por tanto no han de afectar a la resolución que se dicte, no por ello hemos de concluir con la apelante que ello supone un vicio de incongruencia, lo que bien pudo haber sido salvado con la solicitud de una aclaración (art. 214 LEC.).

Ciertamente en la sentencia apelada se hace referencia a la Junta de Propietarios celebrada el 30- Noviembre-2006 pero a continuación se entiende que el acuerdo que se da por válido es el adoptado en Febrero de 2017 que sin embargo no es más que una ratificación del de Noviembre de 2006, de ahí que haya sido rechazada en la audiencia previa la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por la confusión que en principio se había generado con la redacción de la demanda.

En este extremo el recurso ha de ser desestimado.

Tercero.- Sigue la parte apelante al desarrollar el recurso de apelación interpuesto en combatir la sentencia apelada por haber incurrido la misma en error en la interpretación de la prueba practicada.

La finalidad que persigue el demandante en la interposición de la demanda es conseguir la declaración por la que el demandado debe permitir en su **local** el establecimiento de la servidumbre que exige el servicio del inmueble para la instalación del **ascensor** y a que permita el acceso a su **local** del personal especializado para realizar las obras necesarias a tal fin (art. 9.1 c L.P.H.), por lo que se indemnizará a los propietarios de dicho **local**.

La adopción de tal medida como es la instalación de un **ascensor** requiere el voto favorable de la mayoría de todos los copropietarios, toda vez que se trata de un acuerdo referente a un elemento común, reservándose el copropietario disconforme con el derecho a la impugnación de tal acuerdo; y en el caso de que no prospere su impugnación estarían obligados al pago de los gastos que ello ocasione; dicha obligación se refiere a todos los copropietarios los que hayan votado tanto a favor como en contra, sin perjuicio de la impugnación judicial si concurren las circunstancias del art. 18 de la Ley de Propiedad Horizontal. De manera que los acuerdos no impugnados por los propietarios gozan de plena validez y eficacia y les afectan y obligan como a todos (STS entre otras: 18-7-2011 y 6-Nov.2013).

La cuestión que se plantea es el de determinar si el demandado se encuentra obligado a soportar tal servidumbre (art. 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal), obligación que debe soportar cuando no hay otra solución, ahora bien debe ser indemnizado y siempre que no suponga perjuicio para el mismo, ni por funcionalidad ni de habitabilidad, salvo el de ser privado de parte de espacio a él correspondiente, la necesidad queda acreditada no poniéndose de acuerdo las partes en el "quantum indemnizatorio".

Para acreditar tal necesidad y el cálculo de la indemnización correspondiente las partes aportan a autos sendos informes periciales que naturalmente son contradictorios.

El artículo 348 abona precisamente que el órgano jurisdiccional valore la prueba pericial según las reglas de la sana crítica significa que es una prueba de libre valoración, en el sentido de que el juzgador con prudencia y sentido crítico, no tiene el deber de aceptar sin más, la opinión del perito en todos sus extremos, ni tiene el poder de despreciar, sin más, un dictamen bien fundado (Ts. 20 de febrero de 2012, 16 de septiembre de 2010).



El juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar ésta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito, de las que pueden prescindir (Ts. 30 de junio de 2011). El dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, y no vincula al Tribunal que no está obligado a sujetarse al dictamen de peritos (Ts. 3 de octubre de 2011). El apreciar en mayor medida el valor probatorio de un informe pericial frente a otros constituye una manifestación más del ejercicio de la jurisdicción y de la formulación del juicio necesario para dictar sentencia, pues frente a la disparidad de criterios periciales, es precisamente el juzgador quien, bajo el presupuesto del empleo de la sana crítica, está llamado a decidir cuál de ellos merece mayor credibilidad (Ts. 1 de junio de 2011). No hay infracción del mencionado precepto cuando el tribunal llega a unas conclusiones distintas de las de la parte recurrente, aplicando unos criterios valorativos lógicos, aunque no coincidan con las apreciaciones de dicha parte (Ts. 10 de octubre de 2011). La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción (Ts. 28 de noviembre de 2011).

Mostrando la Sala conformidad con el criterio seguido por la Juez de Instancia, en seguir el criterio del perito judicial por hallarlo más convincente por las explicaciones dadas al respecto, con relación a los demás.

Dicho perito una vez tenidas en cuenta las consideraciones de la parte demandante y demandadas, considera que la indemnización que corresponde a los demandados asciende a la suma de 7.426,46 € por la pérdida de superficie de **local**, cosa distinta sería si en el transcurso de las obras se ocasionasen daños en el **local** serían solicitadas con posterioridad pues ello no se puede adelantar, al tratarse de hechos futuribles y no existe la certeza de que efectivamente se produzcan.

El recurso en consecuencia ha de ser desestimado y confirmada la sentencia apelada.

Cuarto.- Es preceptiva la imposición de costas al recurrente al ser desestimado el recurso de apelación interpuesto (art. 398 LEC.).

FALLO

Por lo expuesto, la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña**, resuelve: Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 29-III-2019 por el Juzgado de Primera Instancia N° 11 de A Coruña, resolviendo el Juicio Ordinario N° 1037/17, debemos confirmar íntegramente la citada resolución con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido. Así se acuerda y firma.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.