



Roj: **SAP O 752/2011 - ECLI:ES:APO:2011:752**

Id Cendoj: **33024370072011100150**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **25/03/2011**

Nº de Recurso: **200/2010**

Nº de Resolución: **127/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00127/2011**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS**

**SECCIÓN SÉPTIMA**

**GIJÓN**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 200 /2010

**SENTENCIA Núm. 127/11**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

**MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE**

**DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA**

En GIJON, a veinticinco de Marzo de dos mil once.

**VISTOS**, por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial los presentes autos de P. Ordinario 1180/09, Rollo número 200/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Gijón; entre partes, como apelantes-apelados COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 DE GIJON, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Celia Sarasua , bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Reyes Sarasua Serrano y D. Olegario , representado por el Procurador D. Mateo Moliner González, bajo la dirección letrada de D. Ángel García Ordás Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 1 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Mateo Moliner González, en nombre y representación de D. Olegario , debo condenar y condeno a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL INMUEBLE NÚMERO SEIS DE LA CALLE000 DE GIJON, representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> Celia Sarasua Amado, a que pague al demandante la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS EUROS (2.700 euros), con más los intereses legales producidos desde la fecha de la interposición de la demanda, debiendo abonar cada una de las partes las costas caudas a su instancia y las comunes por mitad.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 DE GIJON y por la de DON Olegario , se interpuso recurso de apelación



y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 9 de Marzo de 2011.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. **MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimaba parcialmente la demanda interpuesta por D. Olegario en la que se condenaba a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL INMUEBLE N<sup>o</sup> NUM000 DE LA CALLE000 DE GIJÓN a que pague al demandante la cantidad de 2.700 euros, intereses legales desde la interposición de la demanda, debiendo abonar cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se alza el recurso de apelación del demandante recurriendo el fundamento de derecho quinto, relativo a la valoración de la indemnización por los perjuicios causados al propietario del piso primero derecha por los defectos en la ejecución de la obra de instalación del **ascensor** en el patio de luces.

Y por parte de la Comunidad de propietarios se apela la misma en base a que la única acción ejercitada por el actor en su demanda es la del **art. 9.1 LPH**, y el acuerdo comunitario que determinó la instalación del **ascensor** devino firme, ya que no fue impugnado en los plazos fijados en el art. 18, en consecuencia cualquier acción que se pretenda basar en el art. 9, está caducada a todos los efectos.

**SEGUNDO.-** Vistos los términos en que ha quedado formulado el recurso de apelación, se impone el análisis del recurso planteado por la Comunidad.

El derecho a la propiedad privada, reconocido en el art. 33 de la Constitución, ha venido experimentando a lo largo de la historia un proceso de transformación y diversificación que ha tenido como resultado que su concepto no sea hoy reconducible como figura jurídica exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del código civil, habiendo producido "... una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras jurídicas o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos..." ( STC 37/ 1987, de 26 de marzo).

En este contexto la Ley de Propiedad Horizontal establece limitaciones y modula el dominio, dentro de un campo especialmente proclive a los contrapesos y cesiones en el uso privativo de elementos y partes de un todo que a su vez constituye un edificio común, ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el art. 9.1, especialmente por lo que ahora nos atañe, en el apartado C) del mismo que impone a los propietarios 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 creación de servicios comunes de interés general acordadas conforme a lo establecido en el art. 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados".

En relación a la afectación de las luces y vistas por la ubicación de la caja y del **ascensor**, tal servidumbre puede ser constituida al amparo de la legalidad que nos ocupa, así lo dice la STS de 18-12-2008: " Por lo que se hace mención a la constitución de una nueva servidumbre, a tenor del art. 17 será suficiente la simple mayoría, para la supresión de 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".

Por lo que se refiere a la instalación del **ascensor** y la constitución de la servidumbre se comprueba que por parte de la comunidad se cumplen con los presupuestos básicos para su formalización dado que el servicio se ha acordado en junta general con las mayorías fijadas legalmente. Y este gravamen resulta comprendido dentro de los límites del art. 9.1,c) de la LPH.

**TERCERO.-** Sobre estos principios es como deben analizarse los recursos interpuestos. Y comenzando por el interpuesto por la Comunidad sobre la base de que el acuerdo comunitario es ejecutivo y vinculante para todos los vecinos, al no haber impugnado su contenido por alguno de ellos. Y como la única acción ejercitada por el actor en la demanda está basada en el art. 9. 1 c) LPH, las acciones que se puedan derivar precepto invocado están, sometidas, como cualesquiera otras, a los plazos de la LPH, y se han de ejercitar mediante la impugnación de los acuerdos, con la caducidad de tres meses, y como el acuerdo comunitario es de julio de 2008, es obvio, que el acuerdo ha quedado firme.



Ciertamente la acción ejercitada en la demanda se basa exclusivamente en el art. 9, no existiendo oposición a la instalación del **ascensor**, sino al proyecto e instalación definitiva, ni se ha impugnado los acuerdos comunitarios en que así se acuerda, en lo que muestra disconformidad el Sr. Olegario es con la ejecución del proyecto encargado y por el sitio por donde iba el **ascensor** dentro del patio de luces debido a un error en la medición del proyecto de ejecución por parte del Arquitecto Técnico encargado de su realización, sin que exista acuerdo expreso en tal sentido que sea objeto de impugnación sino los perjuicios que ese error le causa.

Y esta petición de resarcimiento justifica su criterio en que se trata de una obligación específica que se deriva del art. 9.1, es decir, de la titularidad de cada propietario sobre los elementos comunes y privativos de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal. El supuesto ejercitado en base al precepto citado no puede extenderse a otro supuesto distinto del allí contemplado como es el de impugnación de los acuerdos comunitario por las causas previstas en el art. 18 de la citada Ley especial y con los plazos de caducidad que en relación a ellos se contemplan en el art. 17 LPH, por lo que en relación a la acción ejercitada por el copropietario frente la Comunidad no puede hablarse de la caducidad regulada para esos supuestos. Sería en todo caso un supuesto de prescripción, si bien la prescripción, como institución que tiene el carácter de excepción, exige que sea alegada de manera expresa como hecho impeditivo de la reclamación.

Por lo que el recurso de la Comunidad basado en la caducidad, no puede acogerse, al no ser aplicable a la acción ejercitada.

**CUARTO.**- En lo que respecta al recurso formulado por D. Olegario relativo a la valoración de la indemnización.

Hay que distinguir de una lado la obligación de soportar esa servidumbre, que era necesaria e impuesta en legal forma, pero también hay que distinguir los daños y perjuicios que pueden llegar a producirse en la persona que la soporta, y por ella se han causado unos daños y perjuicios que realmente tienen que ser, una vez acreditados, objeto de resarcimiento, pues es evidente que la instalación del **ascensor** en su ubicación final a un 1,71 metros de la ventana, supone una evidente limitación de luces y vistas, con el consiguiente derecho al resarcimiento por parte de la Comunidad al amparo del art. 9.1, c) de la LPH, quien era la encargada a través de sus órganos de representación de velar por la correcta ejecución del proyecto, ello sin perjuicio del derecho a repetir, pues no cabe duda, a la vista de la documentación de autos, que el error partió del proyecto técnico elaborado por el Arquitecto técnico.

La jurisprudencia menor mayoritaria, a la que también se suma este Tribunal, entiende que la imprecisión subyacente en el art. 9.1,c) de la Ley de Propiedad Horizontal, debe ser resuelta valorando la incidencia de esa servidumbre, esto es el menoscabo funcional que pueda suponer la instalación del **ascensor**. Así deber ser cohonestado el interés general que subyace en los arts. 9 y 17 de la LPH, con los derechos dominicales que derivan del art. 3 de la misma, delimitando el alcance de esas servidumbres, sin contenido legal. En este sentido cierto resulta que toda servidumbre supone una limitación al derecho real de propiedad, más no es lo menos que dicho gravamen no puede llegar al extremo de conllevar un menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo; esto es, que lo haga inservible física, funcional o económicamente. Debe así realizarse una ponderación caso por caso, en orden a tener exquisito cuidado para precisar la afección que la instalación del **ascensor** conlleva. ( A.P. Barcelona, sección 19ª, sentencia de 5 de abril de 2005).

En el supuesto cuyo enjuiciamiento ahora nos ocupa, la instalación del **ascensor** tal como esta colocado, causa un evidente perjuicio al Sr. Olegario con la limitación de luces y vistas ante la reducción de la distancia del paramento situado frente a la ventana de la cocina, la cual ha pasado de los 10,27 metros iniciales sin el **ascensor**, pasando por los 3,55 con **ascensor** según el proyecto inicial, a los 1,71 metros actuales una vez realizada la instalación del **ascensor**, tal como consta en el informe pericial judicial.

En lo referente a la valoración de ese perjuicio objeto de recurso, por cuanto en la sentencia se fijó en la cantidad de 2.700 euros al considerar sólo la superficie de la afectada, cocina, a razón de 300 euros por metro cuadrado, que es lo fijado por el perito judicial. Pero atendiendo a la literalidad de dicho informe pericial que señala que la depreciación que ha sufrido dicha vivienda ante la situación existente referida a las luces y vistas rectas de la cocina, dicha depreciación la estima en 300 euros/metro cuadrado, dado que la superficie de la vivienda es de 70 metros cuadrados, supone una disminución en el total de la vivienda de 21.000 euros sobre su precio actual. Esta Sala está conforme con dicha forma de valorar el perjuicio sufrido, pues esta estimación de disminución y perjuicio entendemos repercute en toda la vivienda y ha de extenderse sobre el total de los metros con que cuenta la misma, aunque sea más clamoroso en la cocina, pero en el precio final caso de venta lógicamente esa servidumbre tendrá una indudable trascendencia y es el perjuicio real que se ha causado al propietario, y que esta Sala considera más ajustada, por lo que debe ser objeto de indemnización de conformidad con la valoración que se realizó en la demanda de 20.307,49 euros, en consonancia con el informe pericial, al carecerse de otros datos objetivos que conduzcan a una valoración diferente, por lo que debe revocarse en este extremo la sentencia, sin que a estos efectos sea relevante la afirmación que se contiene en la pericial



de D. Emilio , aportada con la contestación, en relación a que la instalación del **ascensor** aumenta el valor de la vivienda, pues ese aumento que produce el **ascensor** en un inmueble, para esta vivienda en concreto, la revalorización que comporta el **ascensor**, queda absorbido por la disminución de valor que conlleva la servidumbre por el error del proyecto.

**QUINTO.-** Procede, por tanto, estimar el recurso interpuesto por D. Olegario , revocando la sentencia apelada, y en consecuencia, estimar en su integridad la demanda interpuesta por D. Olegario , con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandada y, sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada, en virtud de lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La desestimación de recurso de apelación planteado por la Comunidad conlleva a tenor de lo establecido en el apartado 1º del art. 398 de la ley de Enjuiciamiento Civil, la condena a este apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

## FALLAMOS

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Moliner González en nombre y representación de D. Olegario y, DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sarasua Amado en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL INMUEBLE Nº NUM000 DE LA CALLE000 DE GIJÓN contra la sentencia dictada el día 1 de febrero de 2010 por el juzgado de Primera instancia nº 7 de Gijón en los autos de juicio ordinario nº 1180/2009, que se REVOCA, y, en consecuencia, estimando la demanda interpuesta el Procurador Sr. Moliner González en nombre y representación de D. Olegario contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE GIJÓN, condenamos a la Comunidad de propietarios demandada a pagar al actor la cantidad de 20.307,49 euros. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la alzada del recurso del Sr. Olegario y con imposición de las costas causadas en esta alzada a la apelante Comunidad de Propietarios.

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

**PUBLICACIÓN:** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.