

Roj: STS 1488/2011
Id Cendoj: 28079110012011100133
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 134/2008
Nº de Resolución: 205/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Propiedad horizontal. Instalación Ex novo de un ascensor.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Marzo de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados reseñados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Daniela , representada ante esta Sala por la Procuradora doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León - rollo nº 122/07-, en fecha 20 de julio de 2007 , dimanante de autos de juicio declarativo ordinario seguidos con el nº 636/06 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de León.

Ha sido parte recurrida "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , representada ante esta Sala por la Procuradora doña María del Rosario Castro Rodrigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña Lourdes Crespo Toral, en nombre y representación de doña Daniela , promovió demanda de juicio declarativo ordinario sobre impugnación de acuerdos, contra "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: " (...) Se dicte sentencia estimando íntegramente esta demanda, declarando nulo e ilegal el acuerdo referido a la "propuesta para ubicación del ascensor" adoptado en junta extraordinaria de dicha comunidad de propietarios celebrada el día 13 de junio de 2005, dejando sin efecto dicho acuerdo y su ejecución, condenando a dicha Comunidad demandada al pago de todas las costas del juicio".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Santiago Manovel López, en nombre y representación de "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: " (...) Se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, declarando legal el acuerdo referido a la "propuesta para ubicación del ascensor" adoptado en junta extraordinaria de dicha comunidad de propietarios celebrada el día 13 de junio de 2005, conservando dicho acuerdo y su ejecución, condenando a doña Daniela al pago de todas las costas del juicio".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de León dictó sentencia, en fecha 12 de enero de 2007 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Estimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. Crespo Toral, en nombre y representación de doña Daniela contra la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , y en su virtud, declaro la nulidad del acuerdo adoptado por la citada Comunidad en la junta extraordinaria celebrada el día 13 de junio de 2005 referida a la propuesta de ubicación del ascensor, con imposición de las costas a la parte demandada".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciado el recurso, la Sección Segunda de la

Audiencia Provincial de León dictó sentencia, en fecha 20 de julio de 2007 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la **"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN"** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de León, en fecha 12 de enero de 2007 , en los autos de juicio ordinario nº 636/2006, la revocamos íntegramente para desestimar la demanda presentada por doña Daniela , sin hacer expresa condena en las costas de la primera instancia y sin que proceda hacer imposición a ninguna de las partes de las de la presente alzada".

SEGUNDO.- 1º.- La representación procesal de doña Daniela , presentó el día 4 de enero de 2008 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 20 de julio de 2007, por la Audiencia Provincial de León (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 122/07 , dimanante de los autos de ordinario nº 636/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de León.

2º.- Motivos del recurso de casación . Con cobertura en el *artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : 1º) Por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del *artículo 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal* , sobre el consentimiento por parte de los copropietarios del régimen de propiedad horizontal en orden a la realización de obras que afecten a elementos privativos, así como de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 19 de diciembre de 1990 , 23 de marzo de 1991 y 11 de junio de 1994 ; 2º) por infracción del *artículo 1249 del Código Civil* y, vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que interpreta este precepto, sobre el valor y alcance de la prueba de presunciones y vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretando dicho precepto legal; 3º) por infracción por parte de la sentencia de la Audiencia de los artículos 8 y 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal por haber dado por válido el acuerdo comunitario de instalación del ascensor que supone privación de elementos privativos sin existir consentimiento unánime de todos los copropietarios, y, terminó suplicando a la Sala: " (...) Se dicte en su día sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.- Declarar haber lugar al recurso de casación y establecer como doctrina jurisprudencial que en los supuestos de instalación de servicios comunes en un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, como la instalación de un ascensor, cuando la obra suponga la privación de todo o una parte de elementos privativos se requiere inexcusablemente y conforme a lo dispuesto en el *artículo 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal* vigente el consentimiento expreso de todos los propietarios afectados, por lo que son nulos de pleno derecho y carecen de validez legal los acuerdos comunitarios adoptados en tales supuestos cuando no concorra ese consentimiento expreso unánime de todos los copropietarios. 2.- Declarar haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda de 20 de julio de 2007 (recurso de apelación civil 122/07), y en consecuencia estimando la demanda formulada por doña Daniela contra la **"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN"** , declarando la nulidad del acuerdo adoptado por dicha comunidad en la Junta de Propietarios de 13 de junio de 2005 sobre la propuesta de instalación y ubicación del ascensor en dicho inmueble, dejando sin efecto dicho acuerdo y con imposición de las costas a la Comunidad demandada. 3.- Imponer las costas del recurso a la Comunidad demandada si se opusiere al mismo".

3º.- Mediante Providencia de fecha 8 de enero de 2008 la referida Audiencia Provincial de León tuvo por interpuesto el recurso y, acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, habiéndose notificado dicha resolución a las partes litigantes, por medio de sus respectivos Procuradores.

4º.- Remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo, la Procuradora doña Myriam Alvarez del Valle Lavesque, presentó escrito con fecha 30 de enero de 2008 en nombre y representación de doña Daniela , personándose en concepto de parte recurrente. Con fecha 22 de febrero de 2008, presentó escrito la Procuradora doña María del Rosario Castro Rodrigo en nombre y representación de la **"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 DE LEÓN"** , personándose en calidad de parte recurrida.

5º.- Por proveído de fecha 30 de junio de 2009 se acordó poner de manifiesto las actuaciones a las partes personadas, por el plazo de diez días, y a los efectos de lo previsto en el *art. 483.3 LEC 2000* , para alegar posibles causas de inadmisión del motivo segundo del recurso de casación.

6º.- Con fecha 27 de julio de 2009, tuvo entrada escrito de la Procuradora Sra. Alvarez del Valle Lavesque, en la representación que ostenta, mediante el cual formuló las alegaciones que tuvo por conveniente en favor de la admisión del recurso de casación. Por la parte recurrida en escrito de fecha 27 de julio de 2009 se interesaba la inadmisión del recurso interpuesto.

7º.- La Sala dictó auto de fecha 22 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva dice literalmente: "1.- Admitir los denominados motivos primero y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Daniela contra la sentencia dictada, con fecha 20 de julio de 2007, por la Audiencia Provincial de León (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 122/07 , dimanante de los

autos de juicio ordinario nº 636/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de León. 2.- Inadmitir el denominado motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Daniela , contra la citada sentencia. 3.- Entréguese copia del escrito de interposición del recurso cuyos motivos primero y tercero han sido admitidos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña María del Rosario Castro Rodrigo, en nombre y representación de "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , formuló oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2009, suplicando a la Sala: " (...) Desestime el recurso de casación en relación con el motivo primero del escrito de interposición y que inadmita el recurso de casación en relación con el motivo tercero del escrito de interposición o, subsidiariamente de no inadmitirse este motivo tercero se desestime. Y, asimismo, se suplica se impongán las costas a la recurrente".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 9 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Doña Daniela formuló demanda de juicio ordinario contra la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , Nº NUM000 , DE LEÓN**" , donde se encontraba situada su vivienda, por la que solicitaba se declarara la nulidad del acuerdo adoptado en Junta Extraordinaria de 13 de junio de 2005, titulado como «Propuesta para ubicación del ascensor». Alegaba que el acuerdo se había adoptado sin contar con la mayoría legalmente exigible, que a su juicio era la unanimidad, ya que la solución acordada para la instalación del ascensor resultaba ser perjudicial para la actora y para otros copropietarios y afectaba al derecho de propiedad privada de los vecinos, dado que se debería ocupar parte de sus espacios privativos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró que la instalación del ascensor en el modo acordado, constituía no una mera servidumbre, sino una privación de la propiedad privada de los copropietarios, por lo que resultaba imprescindible el consentimiento expreso de la actora, única copropietaria que no había votado a favor del acuerdo impugnado.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Razonó que el acuerdo impugnado trae causa de otro anterior de 9 de octubre de 2004, en el que se aprobó la instalación del ascensor, dejando para una junta posterior su ubicación definitiva. Consideró la Audiencia Provincial que cuando se decidió unánimemente la instalación, todos los propietarios, incluyendo a la ahora actora, sabían que ello supondría que parte de los elementos privativos se verían ineludiblemente afectados, ya que se habían expuesto las dos únicas alternativas posibles y en ambos casos era preciso ocupar parte del espacio privativo de los propietarios, pese a lo cual se obtuvo el voto de todos los vecinos. El acuerdo que ahora se impugna, fue aprobado por mayoría de 3/5, y si bien no concurrió el consentimiento de la actora, ella, ya sabía con anterioridad que fuese cual fuese la solución que se adoptara los elementos privativos se verían afectados, pese a lo que el acuerdo de instalación de ascensor fue aprobado de modo unánime. Por ello la posterior impugnación del acuerdo en el que se aprobó el modo de instalación del ascensor, supone dejar sin efecto el acuerdo de instalación del ascensor, y por tanto la actora estaría yendo contra sus propios actos. Además, señala la Audiencia Provincial, la actora, por su condición de arquitecta, conocía perfectamente en que medida la instalación del ascensor afectaría a los elementos privativos, y pese a ello, votó a favor de su instalación. Añadía la sentencia que la otra alternativa defendida por la actora, supondría no sólo que se verían afectados elementos privativos, sino también la demolición de los forjados de las viviendas e incluso a la estructura de la cubierta y muros de carga modificando la estructura del edificio.

La parte actora ha formalizado recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación se funda en la vulneración del *artículo 11.4 de la Ley de Propiedad Horizontal* y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 19 de diciembre de 1990 , 23 de marzo de 1991 y 11 de junio de 1994 , sobre el consentimiento de los propietarios del régimen de propiedad horizontal en orden a la realización de obras que afectan a elementos privativos. El motivo debe ser desestimado. Las sentencias que cita no recogen supuestos de hecho similares al resuelto por la sentencia que se recurre, lo que resulta ser uno de los presupuestos esenciales

para la estimación de un recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional. En ellas se examina el consentimiento expreso como requisito necesario para adoptar un acuerdo por parte de la comunidad de propietarios, que suponga la afectación o privación de un elemento privativo. En el presente caso, se debe indicar que la Audiencia Provincial, ha concluido que la actora prestó su consentimiento de modo expreso, en el mismo momento en que se acordó por unanimidad la instalación del ascensor, y ello porque considera plenamente acreditado que en ese momento los propietarios ya eran conscientes, y más aún la actora, arquitecta de profesión, de que esta instalación sólo podía ser viable con arreglo a dos posibilidades y ambas suponían la afectación de elementos privativos. Por ello considera que supone una conducta contraria a la doctrina de los actos propios, impugnar el posterior acuerdo de ubicación del ascensor, fundado únicamente, a juicio de la Audiencia Provincial, en el hecho de que se ha adoptado la alternativa diferente a la querida por la actora. En definitiva el interés casacional que se alega es inexistente. Pero es que además, resulta que esta Sala (SSTS de 15 y 22 de diciembre de 2010 , entre otras), al examinar supuestos en los que la instalación de un ascensor supone que un espacio privativo va a verse afectado, no exige ineludiblemente, como parece defender la recurrente, el consentimiento del propietario afectado. 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. La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, que por tanto no se constituye en presupuesto ineludible en casos como el que se examina, encuentra su límite en el supuesto de que la privación del derecho de propiedad se lleve al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo, circunstancias que no se han probado en el presente caso.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de casación se funda en la vulneración del *artículo 1249 del Código Civil* relativo al valor de la prueba de presunciones y la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que interpreta este precepto. Este motivo también debe ser desestimado. En principio, se debe indicar que el *artículo 1249 del Código Civil* , junto con el resto de los preceptos que regulaban la prueba de presunciones, fue derogado por la *Disposición derogatoria Única 2-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*. Actualmente este medio probatorio aparece disciplinado en la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, (*artículos 385 y siguientes*). En todo caso la parte recurrente denuncia a través de un recurso de casación, la vulneración por parte de la Audiencia Provincial de los preceptos reguladores de un concreto medio probatorio cuando una de las novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual es la de diferenciar, respecto a los recursos que caben contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, entre el recurso de casación, cuyo objeto son las cuestiones de derecho sustantivo, y el recurso extraordinario por infracción procesal, al que corresponde el control de la aplicación de los preceptos de carácter adjetivo o procesal.

Al sustentar la parte recurrente este motivo de su recurso en la vulneración de normas reguladoras de la prueba, se debe concluir que ha planteado una cuestión que excede del ámbito del recurso de casación al tener por objeto una cuestión de naturaleza procesal, lo que supone que el motivo incurre en una causa de inadmisión prevista en el *artículo 483.2.1º* , en relación con el *artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que deviene, en este momento procesal, en causa legal de desestimación.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso de casación se sustenta nuevamente en la vulneración del *artículo 11.4 y del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal* . En este caso el interés casacional que alega el recurrente se refiere a la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Indica que para determinadas Audiencias Provinciales la afectación o privación de un elemento privativo en el ámbito de la propiedad horizontal para la instalación de un ascensor, o de otra instalación de interés general, puede justificarse como una servidumbre a través del *artículo 9.1.c de la Ley de Propiedad Horizontal* que obligaría a los propietarios a ceder o tolerar parte de su superficie privativa. Cita como SSAP que defienden este criterio las de Cuenca, de 21 de junio de 2001 , Santa Cruz de Tenerife, de 24 de mayo de 2002 , Vizcaya, de 30 de marzo de 2005 y Barcelona, de 5 de abril de 2006 que sostienen este criterio las 5 de abril de 2006. Frente a este criterio, otras Audiencias Provinciales, consideraban que en casos como el expuesto será preciso el consentimiento expreso de todos los copropietarios. Cita el recurrente como sentencias , SSAP de Tarragona, de 11 de noviembre de 2004 , Madrid, de 4 de abril de 2005 y Jaén, de 20 de mayo de 2003 y Asturias, de 22 de abril de 2003 . El motivo no puede ser estimado, porque el interés casacional fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales no está válidamente acreditado. Ello porque éste interés exige un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial, o de una misma Sección de la misma Audiencia, frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho-, recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección, y, en el presente caso, la parte recurrente se ha limitado a citar sentencias dictadas por diferentes Audiencias Provinciales que defienden, según indica dos criterios jurídicos diferentes, sin que, sin embargo, llegase a identificar dos sentencias dictadas por una misma sección de una

Audiencia que mantengan un criterio distinto al defendido por otras dos sentencias dictadas por la misma sección de la misma Audiencia. Todo ello supone que, en esta fase procesal, la *causa de inadmisión del artículo 483.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se deba convertir en causa de desestimación. En todo caso, se debe tener en cuenta que pese a que la preparación del recurso hubiera sido correcta, la cuestión jurídica que plantea la parte recurrente es prácticamente idéntica a la que funda el primer motivo de este mismo recurso, que no ha sido estimado por las razones de fondo que se exponen en el Fundamento de Derecho Segundo de esta misma resolución.

QUINTO.- En materia de costas, al desestimarse el recurso en su totalidad, las mismas se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Daniela contra la 19 de enero de 2007 .

2º.- Imponer el pago de costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

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; Rafael Gimeno-Bayon Cobos; Roman Garcia Varela. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.