

Roj: STS 7557/2010
Id Cendoj: 28079110012010100841
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1574/2006
Nº de Resolución: 844/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Propiedad Horizontal. Instalación ex novo de un ascensor. Constitución de **servidumbre** en espacio privativo. Necesidad de mantener la habitabilidad y funcionalidad del inmueble afectado. Se desestima.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1574/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 , de San Sebastián, aquí representada por la procuradora D^a. Isabel Julia Corujo contra la sentencia de 7 de marzo de 2006 dictada en grado de apelación, rollo n.º 2538/2005 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa Sección 2 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 399/2004, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Sebastián .

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Benetton Retail Spain, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Sebastián se dictó sentencia de fecha 14 de septiembre de 2005 en el juicio ordinario n.º 399/2004 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando la demanda principal interpuesta por el Procurador Sr. Jiménez en nombre y representación de Benetton Realty Spain S.L. contra la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 n.º NUM000 de San Sebastián, debo absolver y absuelvo a esta de la pretensión de aquélla, imponiendo las costas a la parte demandante.

Que estimando parcialmente la demanda reconventional interpuesta por la Procuradora Sra. Zabaleta en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 n.º NUM000 de San Sebastián contra Benetton Realty Spain S.L., debo: a) Declarar y declaro la obligación de Benetton Realty Spain S.L. de soportar en su local del inmueble n.º NUM000 de la C/ CALLE000 de San Sebastián la constitución de la **servidumbre** imprescindible para la instalación del ascensor en el inmueble y que consiste en la ocupación de 4,74 m2 en la planta baja y de 2,66 m2 en la planta de sótano, tal y como se recoge en el informe y planos del Ingeniero D. Eloy , debiendo permitir el acceso a su local para la realización de las obras y actuaciones que resulten necesarias a tal fin, condenando a Benetton Realty Spain S.L. a estar y pasar por los citados pronunciamientos; b) Fijar y fijo en 131.499,75 euros la indemnización que la Comunidad de Propietarios de be abonar a Benetton Realty Spain S.L. por la constitución de la citada **servidumbre**; c) Cada parte pagara sus costas y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«PRIMERO.- Ejercita la parte actora principal una acción de impugnación de uno de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios de la Comunidad demandada, celebrada el 23 de febrero de 2004 y, más específicamente, "el tercer apartado del orden del día, tendente a la necesidad de ocupación de una parte privativa del local comercial de mi mandante sito en la planta baja y sótano del mismo edificio, para la instalación de un ascensor", citando al efecto los *artículos 11, 17 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal* .

Por su parte, la Comunidad de Propietarios demandada no solamente se opone a tal pretensión sino que, a su vez, interpone demanda reconvenicional en solicitud de que se declare la obligación de Benetton Realty Spain S.L. de soportar en su local la constitución de la **servidumbre** imprescindible para la instalación del ascensor en el inmueble, fijándose, además la oportuna indemnización, que cuantifica en 22.946,50 euros o, subsidiariamente, en 56.706,50 euros.

Fijados, en síntesis, los términos del debate, creo necesario resaltar que, en realidad, el litigio no se centra en la necesidad o no de instalar el ascensor en el edificio de la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 nº NUM000 de esta ciudad, al ser este un hecho indiscutido: de hecho, la demandante no impugna los acuerdos 1º y 2º de la misma Junta de Propietarios, relativos, respectivamente a "la instalación de un ascensor de cuatro plazas oleodinámico, que parta desde la planta del portal del inmueble hasta la última planta de viviendas con el fin de eliminar todo tipo de barreras arquitectónicas en el acceso normal a cada una de las plantas del inmueble" y "a la oferta de la empresa Omega Elevador S.A. para la instalación del citado ascensor de cuatro plazas. Contratación de la citada empresa. Forma de pago. Derramas a los copropietarios" (doc.2 demanda)

Y no solamente esto, sino que, incluso, en su escrito de contestación, en su hecho tercero, se llega a reconocer expresamente que Benetton Realty Spain S.L. "no tendría inconveniente en que se instalara el ascensor, si ello se hiciera sin perjudicar ni ocupar una parte de su local en planta baja, lo cual es perfectamente posible instalando el ascensor a partir de la primera planta de edificio, colocando a su vez un salva escaleras hasta la primera planta, para facilitar el acceso de las personas mayores que ocupen el edificio", esto es, da una solución alternativa a la propuesta por el resto de comuneros.

Dicho con otras palabras, la cuestión litigiosa propiamente dicha máxime dado el suplico de la demanda reconvenicional - consiste en determinar la forma en que procede instalar el ascensor y, para el caso de que sea necesaria la ocupación del local propiedad de Benetton, cuantificar la correspondiente indemnización.

»SEGUNDO.- Son varios los argumentos contenidos en los respectivos escritos presentados por las partes, fundamentadores de sus respectivas posiciones, interesando traer aquí algunas de las últimas resoluciones judiciales dictadas por diferentes Audiencias Provinciales, que nos permitirán tener un marco de referencia para dar respuesta al caso concreto planteado ante este Juzgado (examinando alguna de ella supuestos con gran analogía al presente), y, así, entre otras muchas:

* S.AP Valencia, sec. 9ª, S 29-9-2004, nº 585/2004, rec. 377/2004 . [...] S.AP Zaragoza, sec. 5ª, S 16-9-2004, nº 478/2004, rec. 328/2004 . [...] S.AP Malaga, sec. 4ª, S 26-7-2004, nO 617/2004, rec. 230/2004 . [...] S.AP Barcelona, sec. 17ª, S 23-6-2004, nº 423/2004, rec. 210/2004 . [...] S.AP Barcelona, sec. 17ª, S 31-12-2003, nº 946/2003, rec. 366/2003 .[...] * S.AP Guipúzcoa, sec. 3ª, S 4-11-2003, nº 311/2003, rec. 3011/2003 . [...] S.AP Barcelona, sec. 17ª, S 31-12-2003, nº 946/2003, rec. 366/2003 . [...] S.AP Guipúzcoa, sec. 3ª, S 4-11-2003, nº 311/2003, rec. 3011/2003 .[...] »TERCERO.- La jurisprudencia citada en el fundamento de derecho precedente nos permite seguir avanzando en la delimitación de los aspectos a tratar en esta resolución, como son:

1º.- Coincido con Benetton en el sentido de que no es de aplicación la *ley 15/1995 de 30 de mayo* sobre límites del dominio sobre Inmuebles para eliminar Barreras Arquitectónicas a personas con discapacidad, pues, como puede verse fácilmente en la primera sentencia reseñada, nada tiene que ver el ejercicio de la acción específica allí prevista con la solicitud de declaración o constitución de **servidumbre** que pretende la Comunidad de Propietarios por vía reconvenicional; no concurren los requisitos necesarios legales para su oportunidad.

2º.- Tengo que discrepar, sin embargo, con la afirmación que hace la misma parte en el hecho tercero de su escrito inicial, al entender aquella que la "**servidumbre**" viene a ser en realidad una "expropiación privada" sobre una parte del local que resulta ser de su propiedad privativa y exclusiva, por lo que excede en gran medida de las previsiones y permisiones que la vigente LPH concede a las Comunidades de

Propietarios para realizar la instalación de un ascensor: es patente que el *artículo 9 c) de la LPH* permite la imposición de este tipo de servidumbres para la creación de servicios comunes de interés general, sin perjuicio de que hayan de cumplirse los oportunos requisitos legales y jurisprudenciales para su admisión judicial a falta de consentimiento del propietario afectado, como es el caso.

Por otra parte, ya puede decirse que de ningún modo se causarían a la actora principal perjuicios irreparables -como se dice por Benetton- cuando es la misma parte la que señala, entre otros extremos, que la **servidumbre** "viene a imposibilitar en gran medida la actividad comercial desarrollada en el propio local" o causa "un impacto importante para el desarrollo comercial del establecimiento", lo que no supone una privación total o absoluta y, desde luego, y de cualquier modo, valorable económicamente como, de hecho, hace Benetton en su escrito de demanda y contestación a la reconvencción.

3º.- En último lugar, y a fin de aclarar posibles confusiones, no ha de tenerse en cuenta la alegación de la Comunidad de propietarios "de que se está recuperando el antiguo hueco de escalera" (fundamento de derecho II de la demanda reconvenicional) a efectos de sustentar una hipotética acción reivindicatoria de ese espacio, sino única y exclusivamente a los efectos que señala la propia reconveniente, o sea, "para fijar la indemnización a favor de Benetton".

»CUARTO.- Entrando ya en las circunstancias concretas del caso, y a fin de ponerlas en relación más adelante con la normativa y desarrollo jurisprudencial que se han comentado, habrá de comenzarse con el objeto de la demanda principal, es decir, con la impugnación del punto 3º del orden del día de la Junta General Extraordinaria de fecha 23 de febrero de 2004 de la Comunidad de Propietarios de la C/ CALLE000 nº NUM000 de esta ciudad, "Relativo a la necesidad de ocupar y constituir una **servidumbre** sobre un pequeño espacio en la planta baja y en la planta sótano del local propiedad de "Benetton Realty Spain S.L.", para la instalación del ascensor", "así como el acuerdo referente a la instalación del ascensor siempre que ello comporte la ocupación bajo cualquier forma de su local" (hecho tercero del escrito de demanda).

El motivo concreto en el que se basa la impugnación tiene su encaje legal en el *art. 18.1.c) de la LPH*, que establece que "Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los Tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos: (...) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga la obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho", lo que nos introduce de lleno en la problemática real, que no es otra que la de examinar si el conflicto de intereses de Benetton, como copropietaria, y de la Comunidad de Propietarios, permite o no la constitución de la **servidumbre** necesaria para la instalación del ascensor ocupando parte del local privativo de la primera y, en ese caso, las consecuencias que de ello se derivan.

El primer paso a dar -aunque ya se ha esbozado más arriba- es determinar si la **servidumbre** acordada supone un grave perjuicio para Benetton, puesto que la afección a su derecho de propiedad, como ha dicho la jurisprudencia, no puede llegar al extremo de conllevar un menoscabo que haga inservible, física, funcional o económicamente el pedio sirviente, en este caso el local de planta baja y sótano de la C/ CALLE000 nº NUM000 .

1.- Los *perjuicios que la actora entiende que se le causarían* tienen su reflejo en el hecho cuarto de la demanda, apoyados en el *dictamen pericial del arquitecto técnico D. Apolonio* (doc.4), de fecha 19 de mayo de 2004, quien, como perito de la parte, también declaró en el acto de juicio.

Los perjuicios serían los siguientes: a) Ocupación o "expropiación" de una parte privativa del local; b) Depreciación por la ocupación en m2 que representaría el ascensor; c) Depreciación del local para su "uso" comercial, lo que repercutiría también en una depreciación económica del local en caso de una futura venta; d) Perjuicios temporales causados a la actividad como consecuencia del cese de la misma durante el tiempo de instalación del ascensor.

En cuanto a lo que respecta a la ocupación efectiva del local, el perito Sr. Apolonio determina que "La instalación del ascensor citado, por necesidades de foso para su funcionamiento y su acceso, invade de techo a suelo el local de planta baja en una superficie de 1,40 m. x 1,90 m. y 4,10 m. de alto, lo que resulta una superficie en planta de 2.66 m2 y un volumen de 10,91 m3 en cuanto a la caja del ascensor, y de 2,19 m2 y 8,98 m3 de volumen en cuanto al acceso".

Esta situación comporta que "Estos volúmenes impiden la visión diáfana del local principal y la del situado en la zona posterior, al que hay que acceder por un paso de poco más de 1,50 m. entre este volumen y unos expositores existentes".

En cuanto a la ocupación en la planta sótano, el mismo informe establece que "Queda a la derecha

de la escalera según se baja, debajo lógicamente del volumen superior. Deja un paso de 1,00 m. entre él y el cerramiento de un pilar, y de 0,90 m. en el acceso a los probadores, servicios y al almacén. Se puede considerar que esta zona supone la pérdida de un 30% del espacio destinado al público en esta planta".

Verbalmente, manifestó que la colocación de la caja del ascensor junto a la escalera de acceso a la planta sótano impondrá su visión "en gran parte" y que el paso al lado de la caja sería de 1,50 m. y de 2,50 m. en caso de no haber los expositores que hay en la actualidad; también se perdería uso comercial de la planta baja en su parte trasera.

Como anexo a este informe, se adjuntaba una *valoración económica de dichos perjuicios, elaborado por el arquitecto técnico D. Clemente*, si bien, con dos advertencias: "1ª.- Las superficies empleadas en prevaloración han sido realizadas sobre copias de planos facilitados. Deberían realizarse "in situ". 2ª.- La propiedad deberá estimar (y en su caso justificar) si la afección del local por este motivo (reducción de m2 del mismo como comercial), no es superior a la indicada, es decir, si con estos condicionantes puede continuar con su actividad de igual manera".

Las valoraciones que hacen son: a) Por ocupación y habilitación; baja, 5,07 m2 a 6.000 euros/m2, 30.420 euros; sótano, 2,66 m2 a 1.800 euros/m2, 4.788 euros; baja más sótano, 7,73 m2 a 575 m2, 4.445 euros, sumando un total de 39.653 euros; b) Por uso (incluyendo demérito de la parte trasera del local al reducirse el uso comercial y valorando el uso trasero como de cuatro unidades de trasteros); local comercial, 68,50 m2 a 3.000 euros/m2, 205.500 euros; habilitación, 68,50 m2 a 575 euros/m2, 39.387 euros; uso trastero, 4 uds a 21.035 euros/unidad, -84.140 euros, sumando un total de 160.747 euros; c) Cese actividad; no se valora al carecer de los beneficios, costes generales, etc., "aunque si es motivo de valoración dentro del conjunto".

Posteriormente, Benetton aportó junto con su escrito de contestación a la reconvencción una ampliación del dictamen pericial del Sr. Apolonio que, en lo que ahora interesa, decía "que el uso o no uso que tenga la planta sótano en la actualidad, no importa... La propiedad podría ponerlo en marcha en cualquier momento, siendo una planta totalmente válida para el comercio o para cualquier otra actividad en un supuesto de cambio de uso, en su caso".

E, igualmente, acompañaba a esta ampliación una tasación elaborada por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria D. Fermín, ratificada y explicada por su autor, en calidad de perito de parte: valor medio del local, 7.000 euros/m2; zona central, 7.700 euros/m2; zona trasera, 3.800 euros/m2; valor planta sótano, 2.300 euros/m2; "En cuanto a la parte trasera tanto en la planta baja como en el sótano, una vez se instalase el ascensor sufriría una depreciación que por metro cuadrado sería de: Planta baja trasera depreciación de 1.500 por metro cuadrado. Planta sótano depreciación los metros traseros de 800 por metro cuadrado".

En el acto de juicio aclaró que entendía que la parte trasera perdería uso comercial y que se achicaría el acceso, creyendo que quedarían 2 ó 2,5 m. (muy estrecho).

2.- Por su parte, la Comunidad de Propietarios, también encargó un *dictamen pericial sobre estos extremos a la arquitecto Dª Inocencia* (doc. 1 contestación), reproduciéndose aquí el resumen del contenido del escrito de contestación: "... la ubicación del ascensor encajado entre la escalera de bajada al sótano y el mostrador es la que menos afecta al local... ya que... el esquema de circulaciones se ve mínimamente alterado. Si bien es cierto que la ubicación de los dos volúmenes, que conforman uno solo, empeora visualmente la conexión entre los dos ámbitos; el primero más comercial y el del fondo menos comercial, también es cierto que lo hace un punto ya conflictivo en origen en el que suceden muchas cosas como las dos ubicaciones de escaleras de conexión de bajada a sótano y de subida a planta primera, el techo más bajo en toda esta zona, la sucesión de dos pilares separados únicamente 1,30 m. La repercusión en cuanto a distribución del local en planta baja pasa, únicamente por la modificación del mostrador de atención al público y la modificación de los módulos bajos de armario ubicados tras el mostrador... El paso de 3,40 m. hacia el fondo del local pasaría a ser de 2,40 y seguiría teniendo el mismo uso y carácter ya que realmente con la distribución actual el espacio real también es de 2,40 m. al existir un espacio aproximado de un metro desde la cara exterior del mostrador ocupado por la persona o personas que son atendidas en el mismo y la cola que en estos casos se genera". "La afección en planta sótano es mínima dado el uso actual de almacén, cerrado al público si se decidiera abrir al público comercialmente, este espacio podría seguir funcionando de la misma manera ya que el paso libre que deja el volumen del ascensor es de 80 cm. mínimo necesario para el acceso del público a los probadores". Respecto a la posible afección al desarrollo normal de la actividad del local, concluye: "La ejecución de las obras correspondientes a la habilitación del ascensor en el inmueble objeto no deberían afectar al desarrollo normal de la actividad del local comercial

del bajo excepto en el periodo de tiempo que debería destinarse al cerramiento Tiempo estimado de ejecución de estos trabajos: cinco días. Posteriormente se ejecutaría la apertura del forjado y resto de la instalación, lo cual no debe influir en el desarrollo de la actividad de venta ya que los trabajos se acometerían desde el portal".

La conclusión a la que llega la demandada es que, a la vista de ese dictamen, los únicos perjuicios que se causarían a Benetton serían: la pérdida de 4,70 m2 de local en planta baja y 2,66 m2 en planta sótano; el coste de las obras de cierre del espacio a ocupar por el ascensor y adecuación del local a la ocupación mediante el cambio de mostrador y armarios bajos; el posible cierre del local mientras se hacen las obras, aunque se intentaría aprovechar días festivos y temporada baja de ventas para el sector textil.

Estos perjuicios son valorados económicamente por su perito, la Sra. Inocencia en la siguiente forma: superficie planta baja, 2,66 m2 + 2,08 m2, 4,74 m2 a 6.000 euros/m2, 28.440 euros; planta sótano, 2,66 m2 a 2.000 euros/m2, 5.320 euros, total 33.760 euros; Depreciación por uso, en planta baja 20.651,85 euros y en planta sótano 2.294,65 euros, total 22.946,50 euros. Total valoración 56.706,50 euros.

Al igual que los peritos Sres. Apolonio y Fermín , ratificó su dictamen en el acto de juicio, explicando que, aunque era cierta la ocupación del volumen, ya había un estrangulamiento visual por la existencia de escaleras, columnas, y mostrador, intuyéndose que hay escaleras para bajar a la planta sótano ("se vería peor"); no se impide el uso comercial de la parte trasera, que es menor porque cuesta llegar allí; el acceso en la zona de caja sería de 2.40 m. contando hasta el tabique, pues puede no haber estantes; se estrangularía un poco el paso a los vestidores, quedando unos 80 cms. como mínimo; se produce depreciación por uso en la parte trasera, que no está incluida en sus cálculos.

3.- El tercer *dictamen pericial* fue el emitido por el perito designado judicialmente, el arquitecto técnico D. Octavio , quien dio por buena la ocupación del local por la instalación del ascensor reflejada en los planos de Lamosa y Martínez Arquitectura (doc.1 contestación), así como la valoración económica del perito Sr. Clemente , por considerarlo "correcto y de acuerdo con los precios de valor de mercado que se consideran habituales en esta zona de la ciudad".

En cuanto al tiempo de duración de la ocupación, incluido el desalojo del local, lo estima en un periodo de "45 días laborables".

Como puede verse, existen concordancias y discrepancias entre los tres dictámenes periciales, por lo que, valorándolos de modo conjunto y según las reglas de la sana crítica (*art.348 de la LECn*), considero que los perjuicios que pueden causarse a Benetton en caso de admitirse la **servidumbre** pretendida por la Comunidad de Propietarios no son los que esta indica en su contestación, pues no solamente se centran en la pérdida de m2 de superficie, gastos de habilitación y cierre temporal sino que, como su propia perito manifiesta, es evidente que se produce una pérdida económica respecto al uso comercial del local, que ha de ser también valorado.

Por otra parte, coinciden prácticamente los peritos en sus mediciones de la superficie afectada, que también ha de incluir la pérdida de volumen en m3, con la consecuencia de pérdida de visión de parte del local, si bien no tan amplia como entiende Benetton, pues en la actualidad ya hay importantes limitaciones en su planta baja (así se constata por la perito Sra. Inocencia y en las fotografías obrantes en autos) y de acceso a la planta sótano, sin que, tampoco, pueda acogerse la totalidad de las medidas de estrechamiento o estrangulamiento que se contienen en los dictámenes periciales presentados por la actora en cuanto que, por ejemplo, no tiene en cuenta que los expositores son móviles y, por lo tanto, pueden desplazarse fácilmente, quedando un paso de unos 2,50 m.

Por consiguiente, el perjuicio económico por ocupación del local se fija en 39.653 euros, según los peritos Sres. Clemente y Octavio , siendo próximo al de la perito Sra. Inocencia , que lo había cuantificado en 33.760 euros.

Algo más difícil se plantea la determinación del perjuicio económico derivado de la depreciación del uso comercial y del local propiamente dicho, especialmente en lo que se refiere a si afecta 0 no a la parte trasera de la planta baja y a la planta sótano, al no tener este uso comercial en sentido estricto, pues se utiliza como almacén, para uso de los empleados y para los vestidores 0 probadores.

Aquí la diferencia económica si es muy significativa, si bien me parece más correcta la elaborada por el Sr. Clemente en cuanto a los conceptos que incluye, aunque no respecto a la valoración económica, pues incluye un total de 68,52 m2 sin que haya que dado convincentemente probada la pérdida de uso comercial de la parte trasera de la planta baja (que ya se encuentra limitada en su visión y acceso, reconociendo el

representante legal de Benetton que es en forma de T con un paso no muy ancho) o de la planta sótano (tanto por su acceso como por su propio uso).

Es por estas razones, y a falta de una valoración concreta por el perito de designación judicial, que la única solución es acudir a una valoración media entre las dos ofrecidas por los peritos Sr. Clemente y Sra. Inocencia , de 160.747 euros y 22.946,50 euros, respectivamente, obteniendo así un total de 91.846,75 euros.

El tercer apartado que quedaría comprendido en estos perjuicios sería la pérdida económica por el cierre temporal durante la realización de las obras que, aun habiendo sido objeto de prueba (variando los periodos entre 2 y 45 días), no ha sido individualizado por los peritos, al haberlo incluido en los otros dos apartados, por lo que se hace innecesaria su valoración al margen de las sumas indicadas. En definitiva, la posible indemnización a percibir por Benetton, para el supuesto de estimarse la demanda reconvencional y desestimarse la principal, sería de 131.499,75 euros, por lo que no puede hablarse de un grave perjuicio o perjuicio irreparable que impida la aplicación de la previsión legal del *art. 9 LPH* o, dicho de otra manera, la posible **servidumbre** para la instalación del ascensor no supone un menoscabo económico o funcional relevante de los aprovechamientos del local privativo de su propiedad, sino exclusivamente en lo aquí reseñado, excluyéndose así la necesidad de que cuente con el expreso consentimiento de Benetton, pudiendo declararse judicialmente.

»QUINTO.- El segundo paso en este análisis pasa por la condición impuesta por el *art.18.1.c) LPH* para declarar la nulidad del acuerdo impugnado, que no es otro que Benetton no tenga la obligación jurídica de soportar la **servidumbre** o dicho acuerdo se haya adoptado con abuso de derecho.

Independientemente de lo ya dicho, la ocupación acordada por la Junta de Propietarios celebrada el 23 de febrero de 2004 debe ajustarse a los requisitos legales y jurisprudenciales para que judicialmente se declare tal **servidumbre** y, en suma, la corrección de tal acuerdo.

Esta **servidumbre** para la ocupación de parte del local privativo de Benetton tiene la finalidad de crear un servicio común de interés general, como es el caso del servicio de ascensor, siendo este imprescindible (cuestión pacífica entre las partes), debiendo ponderarse la afección que supone para aquella puesto que toda **servidumbre**, incluidas las de naturaleza legal, ha de ejercerse siempre del modo más adecuado para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente.

Estas exigencias llevan a las partes a sus posturas enfrentadas a la hora de concretar la solución técnica idónea para la instalación del ascensor, siendo dos las alternativas:

1ª- La actora principal, para evitar la ocupación de su local, propone, siguiendo el *dictamen pericial del Sr. Apolonio* , instalar el ascensor desde la primera planta, solucionando su acceso hasta el mismo, construyendo "una rampa en el portal, entre la puerta de la calle y la puerta existente en el primer rellano de la escalera. A partir de ahí se puede instalar una plataforma salva escaleras de traslación oblicua".

Asimismo, en su ampliación, el mencionado perito concreta más su propuesta: "cabría la opción de anclar la estructura de éste a la de cada planta, sin tener que bajar a apoyar la estructura en el sótano. De esta forma no existe ningún volumen atravesando el local en ninguna de las plantas. En el techo del local de planta baja aparecería un volumen con un descuelgue aproximado de 1,30 m. de largo correspondiente al foso de la maquina. No afectaría, por tanto, a la circulación y funcionamiento del comercio.

Un caso similar se realizó en 1.996 en la calle Fermín Calbetón nº 2 en que en un edificio de similares características se instaló por parte de la empresa de ascensores Ulahi un elevador hidráulico que se iniciaba desde el suelo de la planta primera para finalizar en la planta quinta del edificio. Esta instalación se hizo sin afectar a la planta baja del local comercial.

Las personas con movilidad reducida tendrían que acceder a la primera planta mediante la construcción de una rampa en el portal, salvando así el conjunto de escalones existentes, accediendo así al pie del primer tramo de arranque de la escalera. A partir de aquí y hasta la planta primera habría que utilizar alguno de los sistemas salva-escaleras existentes en el mercado... "

En el acto de juicio dijo sobre este tema: no conocía el edificio de la C/ Fermín Calbetón y no ha hecho un estudio exhaustivo del edificio, por lo que no puede afirmar que la solución que se dio para este pueda hacerse en la C/ CALLE000 nº NUM000 ; el salva escaleras es más engorroso (por ejemplo, no se puede subir un coche capota), no sabiendo si se cumpliría con las normas contra incendios, debiendo

consultarlo con el Ayuntamiento.

2ª.- La propuesta de la Comunidad de Propietarios tiene su fundamento en el *dictamen pericial de D. Eloy*, Ingeniero Industrial (doc.17 contestación), que, resumidamente, concluye: "La única solución viable para la ubicación del ascensor es la del hueco de la escalera. El acceso al mismo se realizara desde la planta del portal... El hueco del ascensor llegará hasta la planta de sótano, en donde se ubicaran los soportes de la estructura del hueco del ascensor y el foso de seguridad reglamentario de 1,20 de profundidad. Con la colocación del ascensor proyectada es imprescindible la ocupación de una zona en planta baja y en planta de sótano del comercio contiguo al portal de venta de ropa. La ocupación necesaria será: Planta baja: Ocupación de 2,66 m2 destinados exclusivamente a la construcción del hueco del ascensor y de 2,08 m2 destinados al pasillo de acceso al ascensor desde la planta del portal con el fin de eliminar todo tipo de barreras arquitectónicas. Planta sótano: Ocupación de 2,66 m2 destinados exclusivamente a la construcción del hueco del ascensor y del foso reglamentario".

Tanto el Sr. Eloy como el perito de la Sra. Inocencia fueron unánimes al decir que esta era la solución óptima desde el punto de vista estructural, poniendo de manifiesto las dificultades y problemas originados por los salvaescaleras.

El Sr. Eloy, más concretamente, desglosó los problemas técnicos generados con la solución dada por Benetton: el salvaescaleras ocupa un espacio físico en las escaleras del edificio, que, después de la instalación del ascensor, quedaría reducido a unos 90 cms., que es inferior a la distancia de un metro que se exige como medida contraincendios por la CPI-96, y que, si bien esta medida podría ser admitida por el Ayuntamiento como medida tendente a eliminar barreras arquitectónicas, no admitiría los 63 cms. que quedarían cuando el salvaescaleras se desplegara (unos 27 cms.); estructuralmente, la estructura del edificio es de madera, por lo que apoyar todo el peso del ascensor en la estructura es una "mala solución", debiendo hacerse un estudio muy exhaustivo a fin de reforzarla con vigas de hierro, hacer catas, un proyecto estructural, etc., afirmando de modo muy segura que él no aceptaría esa solución por los "riesgos gravísimos" que podrían producirse.

Pero esta alternativa no solamente es apoyada por los dos peritos propuestos por la Comunidad de Propietarios sino, también, por el perito de designación judicial, Sr. Octavio, quien parte de la dificultad que supone este tipo de instalaciones, "tanto por los daños que originan a otros locales, como por los problemas estructurales que se producen para poder encajar el sistema de elevación en lugares que, en principio, no fueron proyectados al efecto y que ofrecen muchas dificultades para su ejecución".

Con relación a las dos propuestas, se pronuncia así: "Dado el sistema estructural del edificio, la construcción de la caja de escalera y la modificación de las anchuras de las rampas "se considera necesario un efectuar un recinto de ascensor que se apoye en una zona estable y resistente y que no deba ser construido a base de una estructura que se sujete en cada una de las plantas la solución de arrancar desde la 1ª planta no ofrece garantías de estabilidad para la estructura del ascensor... lo correcto es arrancar desde el nivel del suelo, en este caso la planta de sótano, bien apoyados por medio de una zapata de hormigón, y, por consiguiente, habría que ocupar una parte del local propiedad de Benetton Retail Spain S.L."; "la solución de arrancar desde la primera planta ...ofrece múltiples inconvenientes de tipo estructural, coloquialmente se argumenta que técnicamente todo es posible, pero la realidad es que la alternativa de iniciar el recorrido en la primera planta, anclando la estructura a la caja de escalera, produciría con el tiempo, graves irregularidades en forma de grietas, fisuras, desplomes, etc. que afectarían al edificio y que este informante no lo considera recomendable. Habría que realizar un estudio técnico de la estructura del edificio, analizar los puntos de apoyo adecuados que soporten las cargas que se van a producir y como se pueden ejecutar las obras estructurales necesarias y ver que sea factible".

En este mismo sentido se expresó al ser preguntado en el acto de juicio, considerando que la solución de Benetton es técnicamente posible pero "sumamente complicada" pues, incluso, habría que romper parte de las viviendas; sobre las dimensiones del paso de la escalera, tendría que consultar con el Ayuntamiento.

Volviendo a las reglas de la sana crítica, tengo que compartir el contenido del dictamen pericial del Sr. Eloy por varias razones: la primera, porque se ha visto ratificado por el perito Sr. Octavio, siendo coincidentes las razones técnicas expuestas; la segunda, porque estas razones técnicas no se han desvirtuado por el perito Sr. Apolonio, al no verse apoyadas por los estudios y consultas que todos ellos han entendido como necesarias (estudio estructural, al Ayuntamiento, etc.) para que la instalación se sujetara en la estructura del edificio; la tercera, porque ha quedado evidenciado que no son igualmente efectivas y prácticas ambas soluciones, por las dificultades de accesibilidad y estrechez que supone el salvaescaleras hasta llegar al primer piso para todos los copropietarios y, en especial, para las personas

ancianas, para quien lleve bultos o cargas, etc.; y, por fin, porque no puede obviarse que el Sr. Eloy es Ingeniero Industrial, socio colaborador de la Empresa Omega Elevator S.A. y se dedica profesionalmente a redactar y ejecutar proyectos de ascensor desde 1969, lo que le otorga una mayor cualificación teórica y práctica que al perito de la actora, Sr. Apolonio, arquitecto técnico.

Así pues, esta solución conlleva la necesaria ocupación del local privativo de Benetton, limitando su espacio y uso comercial, pudiendo hacerlo más incómodo pero, siguiendo los pasos de la jurisprudencia citada, es evidente que, probada la verdadera necesidad de los habitantes de la finca sirviente, el litigio no puede resolverse atendiendo a parámetros de simple "comodidad" de los titulares de la finca dominante, sino de estricta necesidad, y, aunque actualmente se puede hacer casi cualquier cosa en materia de arquitectura -así lo subrayaba el perito Sr. Octavio-, lo cierto es que de la valoración de los dictámenes periciales, se infiere que la posibilidad de que arranque desde el primer piso existe sólo en el plano teórico, pudiendo ser mucho peores las consecuencias que la situación actual que trata de enmendarse, es decir, la falta de ascensor.

No concurre, consiguientemente, la *causa de impugnación del art. 18.1.c) LPH* alegada por Benetton, al venir obligada a soportar la **servidumbre** y no haberse producido abuso de derecho, debiendo desestimarse su demanda, y sí concurren, por el contrario, los requisitos necesarios para declarar la **servidumbre** pretendida en la demanda reconvenicional por la Comunidad de Propietarios, si bien, modificando la suma indemnizatoria, que tampoco alcanza la contenida en el escrito de demanda, por lo que se estima parcialmente la demanda reconvenicional.

»SEXTO.- Conforme al *art. 394 de la LECn, las costas derivadas de la demanda principal* se imponen a la parte demandante, al desestimarse la demanda, y las de la demanda reconvenicional, serán pagadas por cada parte y las comunes por mitad, al estimarse parcialmente.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Guipúzcoa Sección 2.^a, dictó sentencia de 7 de marzo de 2006, en el rollo de apelación número 2538/2005 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Benetton Retail Spain S.L. contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta capital, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar declaramos que procede estimar la demanda formulada por la representación de Benetton Retail Spain S.L. frente a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de esta capital, y en consecuencia declaramos la nulidad del acuerdo adoptado por dicha comunidad tomado en la Junta General Extraordinaria de 23 de febrero de 2004, en el tercer apartado del orden del día, tendente a la necesidad de ocupación de una parte privativa del local comercial de la actora, sito en la planta baja y sótano del mismo edificio para la instalación de ascensor, dejándolo sin efecto. Y asimismo, debemos desestimar y desestimamos la demanda reconvenicional formulada por la representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de esta capital absolviendo a Benetton Retail Spain S.L. de los pedimentos contenidos en la misma y todo ello sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas ocasionadas en el presente procedimiento.»

CUARTO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«No se aceptan los Fundamentos de Derecho contenidos en la sentencia de instancia.

»PRIMERO.- Por la representación de Benetton Retail Spain S.L., se ha formulado recurso de apelación contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2005, dictada por el v juzgado de Primera Instancia nº 1, de esta capital en solicitud de que se revoque dicha resolución y en su lugar se dicte otra por la cual se estimen en su totalidad los pedimentos consignados en la demanda, desestimando la demanda reconvenicional con imposición de las costas de ambas instancias a la parte demandada reconveniente.

Dicho recurrente invoca como motivo de su recurso: Infracción de precepto legal en clara alusión a los *artículos 3.a) 11.4 y 18.1c* y normas reguladoras de la propiedad privada contenidas en el CC, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Error en la apreciación de la prueba.

A la vista de los términos en que ha quedado configurado el presente recurso y con el objeto de determinar si concurre o no la infracción de *precepto legal que se denuncia por la parte recurrente como uno*

de los motivos de impugnación de la sentencia de instancia, resulta obligado concretar los términos en los que ha quedado delimitado el objeto de controversia en esta segunda instancia.

En efecto la sentencia apelada, concluye en su parte dispositiva, desestimando la demanda, en el sentido de que no procede declarar la nulidad del acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de fecha 23 de febrero de 2004 en su apartado tercero y asimismo, con estimación de la demanda reconvenional, concluye declarando la obligación de Benetton Retail Spain S.L. de soportar en su local del inmueble nº NUM000 de la C/ CALLE000 de San Sebastián la constitución de la **servidumbre** imprescindible para la instalación de ascensor en el inmueble y que consiste en la ocupación de 4,74 m2 en la planta baja y de 2,66 m2 en la planta de sótano, tal y como se recoge en el informe y planos del ingeniero Eloy , debiendo permitir el acceso a su local para la realización de las obras y actuaciones que resulten necesarias a tal fin, condenando a Benetton Retail Spain S.L. a estar y pasar por los citados pronunciamientos B) fijando en 131.499,75 euros la indemnización que la Comunidad de Propietarios debe abonar a Benetton Retail Spain S.L. por la constitución de la citada **servidumbre** C) declarando que cada parte pagará sus costas y las comunes por mitad.

No se cuestiona en esta alzada el carácter privativo del espacio cuya ocupación precisa la solución técnica aprobada por la comunidad demandada para la instalación de ascensor, siendo determinante para el origen y resolución del litigio el derecho de la demandada reconveniente a constituir sobre dicho espacio, "una **servidumbre**" en los términos que se describen en la demanda reconvenional.

En definitiva es el propio juzgador de instancia quien en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, describe la esencia del conflicto suscitado entre las partes en el presente procedimiento cuando señala: "lo que nos introduce de lleno en la problemática real, que no es otra que la de examinar si el conflicto de intereses de Benetton como copropietaria y de la Comunidad de Propietarios permite o no la constitución de la **servidumbre** necesaria para la instalación del ascensor, ocupando parte del local privativo de la primera y en ese caso, las consecuencias que de ello se derivan."

No obstante, el Tribunal no comparte el discurso seguido por el juzgador de instancia a la hora de abordar la cuestión litigiosa. En primer lugar, porque estimamos que en dicha resolución se parte de un error de planteamiento cuando se establece que "el primer paso a dar es determinar si la **servidumbre** acordada supone un grave perjuicio para Benetton", ya que para el análisis de la cuestión debatida se ha de partir del concepto mismo de **servidumbre**, teniendo en cuenta que toda limitación del dominio y por tanto también el derecho de **servidumbre**, presupone la existencia del dominio sobre el bien afectado, y es ese requisito de base el que no concurre en la tesis defendida por la parte demandada reconveniente, ni en la sentencia apelada.

No se trata por tanto de abordar el tema desde la cuantificación económica de los perjuicios que se irrogarían a la actora reconvenida, de accederse a la pretensión formulada en la demanda reconvenional y concluir en base a dicha valoración que no nos encontramos ante un perjuicio irreparable o un grave perjuicio que impida la aplicación de la previsión legal del *artículo 9 de la LPH* , declarando con base a dicha valoración que "la posible **servidumbre** para la instalación del ascensor no supone un menoscabo económico o funcional relevante de los aprovechamientos del local privativo de su propiedad, sino exclusivamente en lo aquí reseñado, excluyéndose así la necesidad de que cuente con el expreso consentimiento de Benetton pudiendo declararse judicialmente "o siguiendo esa misma línea declarando que "la solución conlleva la necesaria ocupación del local privativo de Benetton, limitando su espacio y uso comercial, pudiendo hacerlo más incomodo pero siguiendo los pasos de la jurisprudencia citada, es evidente que, probada la verdadera necesidad de los habitantes de la finca, el litigio no puede resolverse atendiendo a parámetros de simple "comodidad " de los titulares de la finca sirviente, sino de estricta necesidad y, aunque actualmente se puede hacer cualquier cosa en materia de arquitectura, lo cierto es que de la valoración de los dictámenes periciales, se infiere que la posibilidad de que arranque desde el primer piso existe solo en el plano teórico, pudiendo ser mucho peores las consecuencias que la situación actual que trata de enmendarse, es decir al falta de ascensor".

Pues bien, como ya ha declarado en otras ocasiones este tribunal sentando el criterio recogido entre otras resoluciones en la sentencia de fecha 15 de Marzo de 2005, la creación de servicios comunes de interés general y la consiguiente restricción de derechos privativos, no puede erigirse como un derecho arbitrario que pueda ejercerse de forma ilimitada, siendo preciso distinguir entre la obligación de consentir el establecimiento de una **servidumbre**, que no admitirá oposición cuando se cumplen todos los requisitos, y la facultad del propietario de negarse a admitir la **servidumbre**, cuando a causa de ésta se haga totalmente inservible alguna parte de su propiedad para su uso y disfrute y ello porque siendo incuestionable el hecho de que el dominio singular del propietario sobre su piso o local es limitado, mal podría ejercer su derecho de propiedad sobre el mismo si de facto hubiera sido despojado de aquél, y por ello señalábamos en dicha

resolución la necesidad de abordar cada caso concreto atendiendo a las circunstancias específicas del mismo -con la precisión de que al tiempo de dictar la sentencia de fecha 15 de marzo de 2005 el Tribunal venía sometido a los hechos debatidos en la instancia y a los términos en que quedo configurado el debate en la segunda instancia por razones de congruencia.

En todo caso, las consideraciones genéricas que se hacían en aquella resolución a la hora de abordar el debate jurídico suscitado, son perfectamente trasladables al presente caso, pues en definitiva la Sala mantiene el criterio de que el *artículo 9.1 c) de la LPH* parte de un presupuesto previo y es el mantenimiento y funcionalidad del espacio privativo sobre el que se constituye la **servidumbre**, pues no podría entenderse de otro modo dicho precepto dada la propia concepción legal de la **servidumbre** y su naturaleza (se trata de un gravamen sobre un inmueble de titularidad ajena).

En el presente caso si analizamos la pretensión de la demandada reconveniente en consonancia con el resultado de la prueba- practicada en autos podemos concluir en el sentido de que de admitirse dicha pretensión se produciría el despojo de las facultades dominicales del propietario respecto a un determinado espacio que dejaría de ser privativo para incorporarse a los elementos comunes del inmueble.

En efecto, la **servidumbre** que se postula por la parte demandada reconveniente y, que ha sido admitida en la sentencia de instancia, considerando que es la solución técnica que ofrece mayores garantías para el buen fin de la instalación de ascensor, una vez ponderadas las circunstancias del inmueble en el que se pretende acometer dicha obra, afecta no solo a la facultad de uso de una superficie aproximadamente de 4.74 metros cuadrados en la planta baja y 2.66 metros cuadrados en la planta de sótano de un elemento privativo por parte de su titular, sino también 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.

Por ello, la cuestión suscitada no puede ser resuelta mediante la simplificación de evaluar la afección atendiendo al volumen del cual el propietario del local va a quedar privado, en cuanto a su uso, de forma definitiva.

Entendemos que en tales casos la pretensión que se articula por la comunidad reclamante excede del concepto de **servidumbre** y no puede ser admitido desde el plano jurídico su reconocimiento, sin el consentimiento de su titular, y ello por estimar que cohonestar el interés general que subyace en los *artículos 9.1 y 17 de la LPH* con los derechos dominicales que derivan del *artículo 3 a) de la misma ley* debe llevar a delimitar el alcance de esas servidumbres que carecen de contenido legal, de forma tal que no distorsionen el concepto mismo de **servidumbre**, pues en la medida en que la misma ha de entenderse como un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño (*artículo 530 CC*) tal afección no puede llegar hasta el extremo de conllevar un menoscabo de tal entidad que haga inservible física, funcional o económicamente, aunque sea de modo parcial en el ámbito afectado por la **servidumbre**, el predio sirviente, en este caso el local privativo.

Se entiende que el *artículo 9.1 ,c* recoge una limitación legal del derecho de propiedad individual de los comuneros que componen las comunidades en régimen de propiedad horizontal, otorgando la posibilidad de establecer servidumbres sobre esas propiedades individuales, cuando la creación de nuevos servicios que sean de interés general así lo requiera, estimando que en todo caso la regulación se refiere a la constitución de auténticos derechos de **servidumbre** y no a una expropiación de facto.

Las consideraciones expuestas permiten concluir en el sentido de que el acuerdo impugnado por la parte actora reconvenida suponía la transformación de un elemento privativo en elemento común ya que como se ha expuesto la solución técnica prevista para la instalación del ascensor hacía imposible el mantenimiento de la habitabilidad y funcionalidad de espacio privativo sobre el que se constituye la **servidumbre** y, ello evidentemente no puede tener cabida cuando el titular del mismo no consiente, al estar amparado no sólo por los *artículos 348 del CC* y *33 de la CE* sino también por los *artículos 3.a) y 11.3 de la LPH*.

Por consiguiente, atendiendo a los motivos de recurso formulados por la representación de Benetton Realty Spain S.L. se está en el caso de negar la viabilidad de la pretensión formulada por la Comunidad demandada reconveniente de instalar el ascensor ocupando parte del local privativo de la actora reconvenida que se opone a ello, declarando, en consecuencia, la nulidad del acuerdo impugnado adoptado por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 , tomado en Junta General Extraordinaria de 23 de Febrero de 2004, en su apartado tercero del orden del día, tendente a la necesidad de ocupación de

una parte privativa del local comercial de la actora sito en la planta baja y sótano del mismo edificio, para la instalación de ascensor, y consiguientemente la desestimación de los pedimentos articulados en la demanda reconvenicional formulada por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n° NUM000 de San Sebastián.

»SEGUNDO.- Respecto a las costas ocasionadas en la primera instancia, estima el Tribunal que en el caso de autos, efectivamente la solución técnica propuesta por la parte demandada reconveniente era la única, técnicamente factible, tampoco se cuestiona la necesidad de instalar el ascensor en el inmueble de referencia y, habida cuenta de que la materia debatida en el presente litigio, se presta a diversos criterios interpretativos sin que exista una doctrina unívoca al respecto, se está en el caso de aplicar la previsión normativa contenida en el *artículo 394 de la LEC en orden al devengo de las costas de la primera instancia*, declarando en consecuencia, que cada una de las partes deberá satisfacer las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

»TERCERO.- A la vista de los términos en que ha quedado configurado el presente recurso y teniendo en cuenta el contenido de la presente resolución no procederá efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas ocasionadas en esta instancia.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , n°. NUM000 de San Sebastián se formulan cinco motivos, al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* :

1.- «Motivo primero: Infracción del *artículo 9.1c) de la Ley de Propiedad Horizontal* , según redacción dada al mismo por la Ley 8/1999, en relación con los *artículos 33 de la Constitución y 348 del Código Civil* relativos a la propiedad privada y sus limitaciones, y el *artículo 3 del Código Civil* relativo a la interpretación de las normas, y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.»

Alega el recurrente, en síntesis, que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 13 de julio de 1994 , 5 de julio de 1995 , 22 de septiembre de 1997 y 22 de noviembre de 1999 , relativa a la necesidad de favorecer la instalación de ascensores, supresión de barreras arquitectónicas e integración de las personas con minusvalía, mediante interpretaciones amplias e integradoras de la Ley, en tanto ha quedado acreditado que la constitución de la **servidumbre**, no menoscaba la utilidad funcional o económica del local propiedad de la parte recurrida.

También refiere, la existencia de diferentes criterios seguidos por Audiencias Provinciales, sobre la obligación de los propietarios de inmuebles integrados en fincas sometidas al régimen de propiedad horizontal de soportar en su local la ocupación de una parte pequeña del mismo, para la instalación de servicios necesarios. Ocupación que para unas Audiencias supone la constitución de una **servidumbre**, mientras que para otras tal ocupación excede del concepto de **servidumbre**.

2.- «Motivo segundo: Infracción del *art. 530 del Código Civil* en relación con los *artículos 564, 432 y 3 del Código Civil* »

Alega el recurrente, en síntesis, que la Audiencia Provincial muestra un concepto equivocado de lo que es y supone una **servidumbre**, y confunde los conceptos de propiedad y posesión.

3.- «Motivo tercero: Infracción del *artículo 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal* »

La constitución de la **servidumbre**, en los términos aprobados por la junta de propietarios, no altera la calificación de la parte del local sobre la que se asentaría, que en todo caso, mantendría su carácter de elemento privativo. 4.- «MOTIVO CUARTO: Infracción de los *artículos 11 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal* »

Sostiene el recurrente que el consentimiento del propietario afectado por la constitución de la **servidumbre** no constituye un presupuesto indispensable para la válida aprobación del acuerdo por el que se adopte.

5.- «MOTIVO QUINTO: Infracción del *art. 9.1 c) de la LPH* por manifiesto error en la apreciación de los conceptos afección y repercusión de la **servidumbre** de autos en el predio sirviente en la subsunción de los hechos acreditados, y ello tanto en la apreciación de la norma como en la aplicación al caso.»

El grado de afectación de la **servidumbre** reclamada en el local de negocio es mínimo y no afecta a la configuración o al aprovechamiento del local.

SEXTO.- Por auto de 21 de octubre de 2008, aclarado mediante auto de 9 de diciembre de 2008 se acordó admitir el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , nº. NUM000 , de San Sebastián.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de Benetton Retail Spain, S.L. se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.- El recurso está indebidamente preparado, pues no ha quedado debidamente acreditado el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

2.- La ocupación acordada por la comunidad de propietarios excede del concepto de **servidumbre** al que se refiere el *artículo 9.1.c LPH* en contraposición con el derecho de propiedad exclusiva y excluyente garantizado por el *artículo 3 LPH* y 33 CE. La constitución de una **servidumbre** no puede suponer la pérdida definitiva de un espacio privativo.

3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la cuestión litigiosa, ha venido a suavizar el régimen de adopción de acuerdos de la junta de propietarios liberalizándola de la exigencia de la unanimidad frente a la oposición de propietarios no solidarios, pero no ampara la imposición a un copropietario de la obligación de ceder una parte de su espacio privativo.

4.- El recurrente confunde los términos propiedad y posesión, al pretender imponer una venta forzosa o expropiación de parte de un local a cambio de un precio.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 30 de noviembre de 2010, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes

1.- El Juzgado desestimó una demanda mediante la que el propietario de un local de negocio integrado en una comunidad sometida al régimen de propiedad horizontal, impugnaba un acuerdo comunitario, por el que se acordaba la instalación de un ascensor en el edificio y la constitución de una **servidumbre** para tal fin, en el local propiedad del actor. Igualmente estimaba la acción reconvencional ejercitada por la comunidad, por la que se declaraba la obligación del actor de soportar la **servidumbre** constituida en su local para la instalación de un ascensor y se fijaba una indemnización a su favor a cargo de la comunidad.

2.- Consideró, en síntesis, que la cuestión objeto del litigio se centraba, no en la necesidad de instalar un ascensor en la comunidad de propietarios, sino en la forma en que procede tal instalación, y más concretamente en el hecho de si resultaba necesaria la ocupación del local del actor, circunstancia que daría lugar a fijar una indemnización a su favor. Tras valorar la prueba practicada concluyó que la instalación del ascensor y la constitución de una **servidumbre** en el local del actor en los términos acordados por la comunidad no supone un menoscabo económico o funcional relevante, por lo que no es necesario el consentimiento expreso del actor para su constitución. Fijó una indemnización de 131 499,75 euros.

3.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de casación formalizado por la parte actora y declaró la nulidad del acuerdo de la comunidad de propietarios, por el que se declaraba la necesidad de ocupar una parte privativa del local comercial del actor para la instalación de un ascensor en la comunidad de vecinos. Desestimó la demanda reconvenzional.

4.- Consideró la Audiencia Provincial que la constitución de una **servidumbre** sobre un espacio privativo al amparo de la LPH, exige que, en todo caso, se mantenga la funcionalidad del espacio privativo sobre el que se constituye la **servidumbre**. Valoró que, en el caso concreto la comunidad no había acordado la constitución de un derecho de **servidumbre**, sino que pretendía la total privación de un espacio propiedad del actor. Añadió que tal privación, en atención a la configuración del local, menoscabaría la configuración física, funcional y las expectativas de aprovechamiento económico del local.

5.- La comunidad de propietarios formalizó recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º LEC*.

SEGUNDO . - *Admisibilidad del recurso.*

La parte recurrida alega en el escrito de oposición al recurso el carácter inadmisibile del mismo, por concurrir las causas de inadmisión que expresa. Esta alegación será examinada en relación con los motivos de casación formulados.

TERCERO . - *Enunciación del primer motivo del recurso.*

El primer motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del *artículo 9.1c) de la Ley de Propiedad Horizontal*, según redacción dada al mismo por la Ley 8/1999, en relación con los *artículos 33 de la Constitución y 348 del Código Civil* relativos a la propiedad privada y sus limitaciones, y el *artículo 3 del Código Civil* relativo a la interpretación de las normas, y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.»

Alega el recurrente, en síntesis, que ha quedado plenamente acreditado que la **servidumbre** reclamada por la comunidad de propietarios es imprescindible y necesaria para la instalación del ascensor, y que la afección al local privativo de la recurrida por la constitución de tal **servidumbre**, no supone un menoscabo que haga inservible física, funcional o económicamente el local privativo en su conjunto. Considera que los propietarios deben soportar la ocupación de una pequeña parte de su piso o local siempre que el resto del elemento se pueda seguir utilizando, cuando tal ocupación sea imprescindible para la instalación del ascensor.

Señala que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 13 de julio de 1994, 5 de julio de 1995, 22 de septiembre de 1997 y 22 de noviembre de 1999, relativa a la necesidad de favorecer la instalación de ascensores, supresión de barreras arquitectónicas e integración de las personas con minusvalía, mediante interpretaciones amplias e integradoras de la Ley. Cita otras sentencias de diferentes Audiencias Provinciales que establecen la obligación legal del propietario de un elemento privativo, en el ámbito de la propiedad horizontal, de soportar la ocupación de una parte pequeña del mismo, siempre que el resto del elemento se pueda seguir utilizando, y que esa ocupación sea imprescindible para la instalación de ascensor

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO . - *Admisibilidad del motivo.*

A) Indicación de la infracción legal cometida en el escrito de preparación.

El motivo respeta la pretensión impugnatoria fijada en el escrito de preparación, por cuanto la denuncia se contrae, en lo sustancial, a la necesidad de que el *artículo 9.1.c LPH* no debe ser interpretado de una manera rígida sino que debe acogerse una interpretación amplia e integradora. Por otro lado, insiste en que la ocupación del espacio privativo en los términos acordados por la comunidad de propietarios no supone, como señala la sentencia recurrida, una expropiación de parte de un elemento privativo, sino únicamente la constitución de una **servidumbre**.

B) El interés casacional alegado está razonablemente expuesto en los escritos de preparación y de interposición, en cuanto al interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Alude en la formalización de su recurso a una supuesta doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales

respecto a la naturaleza de la **servidumbre**. En este punto, como plantea la parte recurrida, no ha quedado justificado el interés casacional en los términos que son exigidos, al no haberlo sustentado en la existencia de dos criterios diferentes defendidos por dos Audiencias Provinciales distintas. Sin embargo, tal y como se ha indicado, el interés casacional está correctamente acreditado por lo que respecta a la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

C) Fundamentación suficiente del motivo.

El motivo debe considerarse suficientemente fundado, en orden al cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 481.1 LEC*, ya que permite conocer las razones que apoyan su pretensión impugnatoria. Las alegaciones que basan la oposición de la parte recurrida a la admisión del recurso se relacionan con la cuestión de fondo y deben decidirse en la fase de decisión, no obstante tener en cuenta la incorrecta preparación de este motivo en cuanto a la supuesta existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales, tal y como se señala en el párrafo anterior.

QUINTO .- *Instalación de ascensores en comunidades de propietarios. Constitución de servidumbres en elementos privativos.*

La jurisprudencia mencionada por la parte recurrente, y en la que se fundamenta el motivo que ahora se examina, ha sido completada por la doctrina de esta Sala, que ya 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. La STS de 18 de diciembre de 2008 [RC 880/04], 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, «[S]upone 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». Tal conclusión fáctica no puede ser rebatida a través del recurso de casación, como así pretende el recurrente que expresamente contradice, al argumentar que son contrarias, de modo patente y manifiesto a las pruebas practicadas, especialmente a las pruebas periciales que han sido presentadas. Su contrariedad con el resultado probatorio, únicamente la pudo hacer valer a través del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que sea admisible su impugnación mediante el recurso de casación que únicamente puede fundarse en la vulneración de normas de naturaleza sustantiva pero sin alterar los elementos de hecho que han sido fijados por la Audiencia Provincial que desde la óptica del recurso de casación resultan inatacables.

SEXTO .- *Enunciación de los motivos segundo a quinto del recurso de casación.*

El segundo motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del *art. 530 del Código Civil* en relación con los *artículos 564, 432 y 3 del Código Civil* »

Alega el recurrente, en síntesis, que la Audiencia Provincial muestra un concepto equivocado de lo que es y supone una **servidumbre**, y confunde los conceptos de propiedad y posesión.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del *artículo 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal* »

Considera la parte recurrente que pese a los argumentos que ofrece la Audiencia Provincial, la constitución de la **servidumbre** no altera la calificación jurídica de la parte del local del recurrido sobre la que se asentaría la **servidumbre**, que seguiría gozando de su consideración de elemento privativo y no común.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los *artículos 11 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal* »

Alega la parte recurrente que la falta de consentimiento del propietario del piso o local sobre el que debe constituirse una **servidumbre** para la instalación de un ascensor no puede ser el argumento legal que impida su constitución.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del *art. 9.1 c) de la LPH* por manifiesto error en la apreciación de los conceptos afección y repercusión de la **servidumbre** de autos en el predio sirviente en la subsunción de los hechos acreditados, y ello tanto en la apreciación de la norma como en la aplicación al caso.»

Alega el recurrente, en síntesis, que la Audiencia ha exagerado el grado de afectación de la **servidumbre** reclamada ya que, considera que el mismo resulta mínimo, y no supone una repercusión total en la actual configuración del local, ni se menoscaban las expectativas de aprovechamiento económico del local, ni se afecta a las posibilidades de organización del espacio interior del local ni se merman sus posibilidades de explotación.

Los motivos segundo a quinto deben ser desestimados.

SÉPTIMO . - *Admisibilidad de los motivos segundo a cuarto del recurso de casación.*

A diferencia de lo que acontece en el motivo primero, estos motivos, no están debidamente fundados, ya que no se acredita la existencia de interés casacional. La parte ni siquiera indica a qué vertiente del interés casacional se refiere en relación con las cuestiones jurídicas suscitadas, ni cita sentencia alguna de esta Sala, o de Audiencias Provinciales para sustentar el interés casacional imprescindible para el acceso a la casación de los asuntos, que, como el ahora examinado, han sido tramitados en atención a la materia. De manera que, la reiterada doctrina sobre la justificación del interés casacional en fase de preparación del recurso (SSTS 10 de marzo de 2010 [RC nº. 1590/2005], 18 de marzo de 2010 [RC nº. 1954/05]), impide la admisión del motivo.

La concurrencia de esta causa de inadmisión supone en esta fase procedimental la desestimación del mismo. (STS 19 de mayo de 2009 [RC n.º 293/2004], 15 de octubre de 2009 [RC n.º 2249/2003]).

OCTAVO .- *Costas*

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

FALLAMOS

1.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la CALLE000 , nº. NUM000 , de San Sebastián contra la sentencia de 7 de marzo de 2006 dictada en grado de apelación, rollo n.º 2538/2005 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa sección 2ª, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Benetton Retail Spain S.L. contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta capital , debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar declaramos que procede estimar la demanda formulada por la representación de Benetton Retail Spain S.L. frente a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de esta capital, y en consecuencia

declaramos la nulidad del acuerdo adoptado por dicha comunidad tomado en la Junta General Extraordinaria de 23 de febrero de 2004, en el tercer apartado del orden del día, tendente a la necesidad de ocupación de una parte privativa del local comercial de la actora, sito en la planta baja y sótano del mismo edificio para la instalación de ascensor, dejándolo sin efecto. Y asimismo, debemos desestimar y desestimamos la demanda reconvenicional formulada por la representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de esta capital absolviendo a Benetton Retail Spain S.L. de los pedimentos contenidos en la misma y todo ello sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas ocasionadas en el presente procedimiento»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.