Roj: **SAP Z 144/2018** - ECLI: **ES:APZ:2018:144**

Id Cendoj: **50297370052018100036**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Zaragoza**
Sección: **5**
Fecha: **19/01/2018**
Nº de Recurso: **836/2017**
Nº de Resolución: **57/2018**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 ZARAGOZA

SENTENCIA: 00057/2018

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2017 0005335

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000836 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000219 /2017

Recurrente: Marí Juana

Procurador: RAMON MARIO PIÑOL LÁZARO

Abogado: JAVIER VALENTIN ALONSO CORONEL

Recurrido: C.P. C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001

Procurador: ANA BEATRIZ GARCIA-ESCUDERO DOMÍNGUEZ

Abogado: PEDRO LUIS TORRALBA MARCO

SENTENCIA nº 57/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE EN FUNCIONES

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

MAGISTRADOS

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

Dª CAROLINA MARQUET MARCO

En Zaragoza, a diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

En Nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 219/2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **836/2017**, en los que aparece como parte apelante-demandado, Marí Juana , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. RAMON MARIO PIÑOL LÁZARO, asistido por el Abogado D. JAVIER VALENTIN ALONSO CORONEL; y como parte apelada-demandante, C.P. C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. ANA

BEATRIZ GARCIA-ESCUDERO DOMÍNGUEZ, asistido por el Abogado D. PEDRO LUIS TORRALBA MARCO; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida de fecha 14 de junio de 2017 cuya parte dispositiva dice: "Que estimando íntegramente la demanda, DEBO DECLARAR Y DECLARO que el cambio de la ventana realizado por la demandada en la fachada del portal NUM002 , piso NUM003 de su propiedad en la DIRECCION000 de Zaragoza, pasando de tener dos hojas a tener tres, afecta a la estética de la fachada y contraviene lo dispuesto en el artículo 7. 1, apartado primero de la Ley de Propiedad Horizontal , CONDENÁNDOLA a la inmediata retirada de dicha ventana, dejándola en el mismo estado en que se encontraba antes de proceder a dicha sustitución, es decir con dos hojas en lugar de tres. Se imponen a la demandada las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a la parte contraria, se opuso, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al nº de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 24 de noviembre de 2017

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales oportunas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales

Ejercitó la actora, comunidad de propietarios, acción con fundamento en el art. 7.2 de la LPH y dirigida a deshacer la obra que infringe lo dispuesto en dicho artículo, concretamente una ventana de la finca de la demandada que, en vez de dos hojas, ha sido sustituida por otra de tres hojas. Además, invocó que, pese a adoptarse en junta general ordinaria el acuerdo de sustituir dicha instalación por otra que guarde la uniformidad estética con el consentimiento de la demandada, esta no lo ha hecho en el plazo fijado. La demandada alegó la necesidad funcional de que la ventana tuviera tres y no dos hojas, así como el hecho de que existen otras alteraciones en la uniformidad del edificio que han sido consentidas por la junta y que no hubo el acuerdo invocado de la junta de que el propietario aceptase sustituir las hojas de la ventana por otras que guardasen la armonía con el resto de las de la fachada.

La sentencia estimó la demanda.

La demandada formula recurso de apelación por estimar que no existe alteración en la configuración del edificio, que el cambio obedece a necesidades funcionales; que no debió admitirse el informe pericial de la actora presentado extemporáneamente y que existen otras alteraciones en la configuración o armonía estética del edificio que han sido consentidas.

La actora estima que ha de confirmarse la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Prueba pericial

Cuestiona la demandada la presentación por la actora tras la contestación a la demanda de una pericial que tiende a combatir las razones dadas por la demandada para mantener la ventana en el estado en que se halla.

Considera la Sala, como lo hizo el juez *a quo* , que tal dictamen puede ser enclavado cómodamente en el art. 338 de la LEC , en tanto fue alegado por la demandada que el cambio era exigido por la funcionalidad de la ventana y que había otros cambios en la configuración del edificio que habían sido tolerados.

La pericial de la demandada cuestionada mantiene que no ha podido entrar en la finca en las mismas condiciones de la demandada y que no existe esa necesidad funcional de que la ventana tenga tres hojas y no solo dos.

Se trata de un claro supuesto en el que la necesidad o utilidad de la pericial de la actora ha venido dada por las alegaciones de la contestación a la demanda.

Por ello, el recurso ha de ser desestimado en este extremo.

TERCERO.- Alteración en la configuración del edificio

Estima la demandada que la configuración viene dada por la funcionalidad de la ventana y que la afectación estética a la configuración general del edificio es mínima.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Estima la Sala que no existe tal necesidad funcional en cuanto ni la calidad de los materiales, ni la extensión y peso de la ventana precisaban que tuviera tres hojas. Este extremo no ha quedado acreditado dada la contradicción de las periciales y el hecho de que el resto de las ventanas similares tengan todas ellas dos hojas.

De otra parte, no cabe duda, el propio juez *a quo* lo reconoce que la afectación de la modificación en la ventana novena planta es mínima desde el punto de vista objetivable.

A este respecto con carácter general el TS ha declarado en STS nº 572/2009, de 16 de julio , que:

El indudable casuismo que impera en esta suerte de relaciones impuestas por el régimen de la Propiedad Horizontal, impide que en se pueda generalizar la doctrina de esta Sala prescindiendo de la singularidad del supuesto fáctico. Ello ha dado lugar sin duda a una valoración de cada concreto caso tratando de armonizar el alcance de la exigencia legal que limita las facultades del propietario para ejecutar obras en elementos privados y comunes del edificio, especialmente significativa cuando se trata de facilitar el acceso de los comuneros a determinadas innovaciones, como ocurre con la instalación de aparatos de aire acondicionado, de existencia habitual y normal en viviendas y locales de negocio, en zonas geográficas más calurosas; supuestos, como señala la *STS de 15 de diciembre de 2008* "que han sido enjuiciados con un cierto margen de flexibilidad para permitir la puesta al día de viviendas que en el momento de su construcción no pudieron adaptarse a las mejoras tecnológicas más beneficiosas para sus ocupantes".

Este casuismo determina que la alteración en la configuración o estado exterior del edificio se considere mínima. De tal manera que el supuesto ha de ser considerado límite en el que la apreciación del tribunal no puede moverse solo por el impacto -mínimo- que tal modificación tiene en la configuración o apariencia general del edificio.

CUARTO.- Acuerdo de la comunidad al efecto no impugnado

Se alega por la recurrente que, además, existen otras fincas en la propia comunidad en la que se han tolerado por esta modificaciones de mayor impacto en la configuración general estética del edificio que la que ahora se persigue. El dictamen pericial aportado a su instancia recoge, incluso con acompañamiento fotográfico, tales alteraciones consistentes en colocación de antenas parabólicas, cerramientos de terrazas, cables por la fachada, cerramientos y distintas particiones en ventanas de terrazas o balcones.

Con la demanda la actora aportó el acta de la junta general ordinaria de la Comunidad de propietarios de fecha 8 de junio de 2016. En la misma, apartado d), se acordó que "debido al cambio de una ventana del piso NUM003 del portal NUM002 (de tener dos hojas ha pasado tres) se ha modificado la estética de la fachada principal de la comunidad por lo que propone solicitar del propietario del citado piso, proceda a sustituirla, dejando la fachada en su estado original. Por parte del propietario del citado piso, asistente a la junta, se compromete a sustituir la citada ventana. Por parte de la comunidad se otorga un plazo de 5 meses para hacerlo. Si una vez paso este plazo, no se hubiera procedido a dejar la fachada con su estética original, se aprueba por 14 votos a favor, 1 en contra y el resto de abstenciones, a presentar una demanda judicial contra el citado propietario, solicitando su modificación".

Alega la demandada que por comunicación de 11 de julio de 2016 instó la impugnación del acta manteniendo que no se negaba al cambio de la ventana "siempre y cuando tuviera obligación legal a ello" e "insta en la consecuencia, la modificación e impugnación del acta en el sentido que se ha explicado y de esta forma, además poder trasladar el parecer del dicente".

Tal alegación no fue acogida por la comunidad y tras el trascurso del plazo fijado y la falta de acuerdo ulterior se interpuso la demanda.

Estima la Sala que tal acuerdo es válido y eficaz en cuanto no ha sido impugnado (arts. 18 y 19.3 de la LPH). A este respecto, la impugnación del acta alegando no se comprometió a reponer la ventana a su estado original "si no estaba legalmente obligado a ello" no fue acogida. Pero incluso de haber sido acogida la cuestión era irrelevante, si en 5 meses no realizaba la sustitución de las hojas de la ventana alteradas, la comunidad ejercitaría las acciones legales.

Por tanto, la demandada no impugnó el acuerdo por causarle un grave perjuicio y con infracción legal, sino que dejó pasar el tiempo y, en consecuencia, el acuerdo es firme y por tanto, ha de ser ejecutado.

Por tanto, no solo es que existiese una leve alteración de la configuración general del edificio, sino que existía un acuerdo de la comunidad para reponer el elemento alterado a su ser y estado anterior que no ha sido cumplido, ni impugnado el acuerdo con arreglo a la LPH. En consecuencia, cualquier duda que pudiera existir sobre el extremo primero, deviene irrelevante ante la existencia de un acuerdo de la comunidad que vincula a esta y al comunero demandado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Por todo ello, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- Costas procesales

Las costas de esta alzada se rigen por los arts. 394 y 398 LEC , por lo que, conforme a dichos preceptos, se impondrán a la recurrente.

En virtud de lo expuesto

F A LL O

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por **Doña Marí Juana** contra la sentencia de 14 de junio de 2017 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 12 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas a la recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la desestimación de los recursos.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés casacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ