



Roj: **SAP B 1497/2024 - ECLI:ES:APB:2024:1497**

Id Cendoj: **08019370162024100121**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **15/02/2024**

Nº de Recurso: **33/2022**

Nº de Resolución: **118/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN IGNACIO CALABUIG ALCALA DEL OLMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818442120188273179

**Recurso de apelación 33/2022 -E**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Rubí**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 910/2018**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0662000012003322

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0662000012003322

Parte recurrente/Solicitante: Berta

Procurador/a: Beatriz Yustas Antonio

Abogado/a: MARIA DEL CARMEN VERA GARRIGOS

Parte recurrida: Brigida

Procurador/a: Nuria Anton Martinez

Abogado/a: MARINA MONCAL TRULLAS

**SENTENCIA Nº 118/2024**

**Magistrados/Magistradas:**

Jordi Seguí Puntas Ramón Vidal Carou Juan Ignacio Calabuig Alcalá del Olmo

Barcelona, a 15 de febrero del 2024.

Vistos en grado de apelación (Recurso nº **33/2022**) ante la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 910/2018, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 8 de Rubí a instancia de **Dª Brigida**, representada por la Procuradora doña Nuria Antón Martínez,



contra D<sup>a</sup>. **Berta** , representada por la Procuradora doña Beatriz Yustas Antonio, y contra **D. Obdulio** , no comparecido, cuyos autos penden ante esta sala en virtud del recurso interpuesto por la entidad demandante contra la sentencia dictada el 21 de septiembre del 2021 (y aclarada por auto de 27/10/2021) por la Sra. Jueza del indicado Juzgado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ricard Gilberga Casas, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Brigida , asistida del Letrado D. Gabriel Moncal Casanovas, contra D<sup>a</sup> Berta y D. Obdulio , condenando a la parte demandada a permitir el acceso a su finca para el paso de personal y material necesario para ejecutar las obras imprescindibles en la pared lateral del edificio y, en consecuencia de lo anterior, la parte demandada deberá abstenerse de cualquier acto que impida o dificulte la correcta ejecución de los trabajos destinados a al fin.

La parte actora deberá asumir, no solo el coste de la realización de las obras y la indemnización correspondiente por los perjuicios que se le puedan irrogar a la demandada, sino también aquellos costes que se puedan derivar directamente de la obra.

Se condena a la demandada D<sup>a</sup> Berta al pago de las costas procesales que se hayan derivado en el presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante mediante escrito motivado fechado el 27-12-2021. Se dio traslado a la parte contraria que se opuso en escrito de fecha 23-11-2021.

**TERCERO.-** Elevándose los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 18 de enero del 2024.

Vistos, siendo ponente don Juan Ignacio Calabuig Alcalá del Olmo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.- Planteamiento del litigio.**

1.- D<sup>a</sup> Brigida formuló en su día demanda de juicio ordinario contra D<sup>a</sup>. Berta y D. Obdulio ejercitando acción, al amparo de los arts. 569 CC y 546-12 CCC, para que se declare el derecho de la demandante al acceso temporal y durante el tiempo estrictamente necesario a la finca de los demandados para el paso de personal y materiales, todo ello con la finalidad de instalar un andamio y permitir la realización de la obra de mejora de la pared lateral del edificio

En apoyo de su solicitud, la Sra. Brigida expone que es la propietaria de la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 de Rubí y que los demandados (en nombre propio y por herencia de su difunta madre -Sra. Rita -) son los cotitulares de la finca colindante situada en la c/ DIRECCION001 . Señala la actora que los dos inmuebles están separados por una pared medianera que tiene un tabique pluvial cerámico muy envejecido con fisuras a lo largo del paramento vertical. La demandante indica que ha encargado un proyecto de mejora del elemento a la Sra. Teresa , arquitecta técnica, exigiendo la obra la instalación de un andamio sobre la cubierta de la finca vecina. Una vez efectuada la comunicación de obras al Ajuntament de Rubí, la actora contactó con los demandados afirmando que asumía el coste íntegro de realización de las obras así como el de la reparación de cualquier desperfecto que pudiera ocasionarse durante la ejecución de los trabajos y añade que la Sra. Berta no prestó su consentimiento al acceso a su propiedad lo que habría obligado a la demandante a acudir a la vía judicial.

2.- Ante la reclamación formulada de contrario, el Sr. Obdulio se allanó a la demanda. D<sup>a</sup> Berta , en cambio, sí presentó contestación en la que afirma no oponerse en principio a la realización de las obras pero, en realidad, sí lo hace respecto de la demanda en base a los siguientes argumentos : (i) falta de emplazamiento de la herencia yacente de Doña Rita , titular de una mitad indivisa de la finca; (ii) proyecto técnico inadecuado e insuficiente dada la presencia de amianto en la cubierta de fibrocemento de su propiedad, lo que supone un elevado riesgo; (iii) defectos formales en el proyecto técnico (falta de firma y de visado colegial) y en la comunicación de obras; y (iv) necesidad de acreditación suficiente de los requisitos de "indispensabilidad" de la obra prevista en el proyecto y de "indemnización" de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar.

**SEGUNDO.- La sentencia y el recurso de apelación.**



4.- La sentencia dictada en primera instancia, al amparo del art. 569 CC, acoge totalmente los pedimentos de la demanda principal al entender que "resulta inevitable la invasión temporal del espacio ajeno a fin de poder llevar a cabo unas obras que son completamente necesarias a fin de solucionar los problemas presentados en la finca de la actora".

5.- La Sra. Obdulio se alza contra la sentencia considerándola no conforme a derecho al haber incurrido la Sra. Jueza "a quo" en un error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho. Insiste la recurrente, en esencia, en algunos de los argumentos de su contestación a la demanda: falta de acreditación de los requisitos de "indispensabilidad" e "indemnización" de daños y perjuicios así como falta de adecuación del proyecto por no incluir ninguna prevención sobre el amianto.

Por su parte, la apelada defiende la corrección de los argumentos y conclusiones fijados en la sentencia impugnada cuya confirmación solicita, reiterándose, en esencia, en los argumentos expuestos en la demanda.

6.- Se aceptan en parte los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia de acuerdo con los que, con el mismo carácter, se expondrán a continuación en la presente resolución.

**TERCERO.- Las relaciones de vecindad y la llamada servidumbre de paso sobre predio ajeno para la colocación de un andamio. El requisito de la "indispensabilidad".**

7.- El art. 569 CC establece que "si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue". Sin embargo, en el caso de autos rige el art. 546-12 CCCat que señala lo siguiente:

"1. Los propietarios de los bienes deben tolerar la interferencia de otras personas si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave y si el daño que racionalmente puede producirse es desproporcionadamente elevado con relación al perjuicio que la interferencia puede causar a los propietarios.

2. Los propietarios a que se refiere el apartado 1 tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les ha causado".

Por tanto, como recuerda la SAP Lleida -Sección 2ª-24-9-2021, "**en nuestro derecho foral catalán no existe un precepto que se refiera expresamente a la servidumbre de andamiaje como una de las modalidades de servidumbre de paso, como si hace el derecho común ( art 569 CC ) pero no lo es menos que esta cuestión nuestro derecho la regula dentro de las relaciones de vecindad y bajo el epígrafe de "Estat de necessitat" en su artículo 546-12 CCCat. Pero en todo caso, tanto en un supuesto como en otro, en el fondo lo que late es una limitación del dominio basado en las relaciones de vecindad.** Y añade la resolución que se analiza que los requisitos cuya concurrencia exigen las dos normativas son sustancialmente similares.

8.- Como reseña la STSJ Catalunya 20-1-2022, el concepto moderno de derecho de propiedad no puede dissociarse de la función social que debe asumir el derecho mencionado ( arts. 541-1 CC Cat y 33.2 C.E.). Esto significa, en palabras de la resolución citada, que ese derecho está sometido a restricciones o limitaciones que "són les que estableixen les lleis, en interès públic o privat, o les que estableix l'autonomia de la voluntat en interès privat" ( art. 545-1)". Y entre las limitaciones en beneficio del interés privado de los vecinos se encuentran las relaciones de vecindad reguladas en los el art. 546 puntos 1 a 14 del CCCat. Señala la sentencia que se analiza que "L'estat de necessitat, atès que comporta una interferència en el dret de propietat justificada per la doctrina del *mal menor* que ha de ser tolerada pel propietari afectat, dona dret a la corresponent indemnització pels danys i perjudicis causats (art. 546-12)". Y añade, con cita de la sentencia anterior del mismo Tribunal de 11-11-2019, que "la regulació de les relacions de veïnatge que sorgeixen de les relacions de contigüitat " *evidencia que el contingut ordinari de la propietat immobiliària pel que fa a la relació entre finques veïnes es determina principalment a partir d'un criteri de respecte a la utilització normal de la finca, cànon de conducta de tot propietari (en matèria d'immissions, l' article 546.14-2 CCCat ho tradueix en l'expressió "ús normal de la finca veïna, segons la normativa")*".

9.- En relación al requisito de la "imprescindibilidad", la SAP Lleida -Sección 2ª- 24-9-2021 recuerda que resulta "preciso que ese paso sea indispensable para construir o reparar algún edificio, teniendo derecho a ser indemnizada del perjuicio que se le irrogue. Y que la ocupación sea indispensable significa que no sea caprichosa o por comodidad de la actora, e incluyéndose además una regla de proporcionalidad entre el sacrificio que se impone al dueño del suelo y el beneficio que puede reportar al que realiza la obra.

Y en este sentido compartimos la tesis que sigue la mayoría de la Jurisprudencia y la doctrina de las Audiencias Provinciales. Y así tal como reseña la SAP de La Rioja de 5 de febrero de 2010, el precepto viene interpretando la indispensabilidad del paso prevista en el art. 569 del Código Civil, de forma que no ha de considerarse sinónimo de inexorable o de absoluta necesidad, sino que también ha de abarcar situaciones en las que la alternativa al



paso deba considerarse desproporcionadamente onerosa o dificultosa ( SAP de Burgos de 20 de julio de 2000 y SAP de A Coruña de 15 de junio de 2001), o como también lo señala la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª) en sentencia de 28 de abril de 2005.

Así pues, el término indispensable del precepto no puede entenderse de modo absoluto, pero solo debe ceder ante posibles medidas correctoras propuestas por el dueño del predio sirviente y que resulten antieconómicas en relación con lo que se discute, o extraordinariamente molestas o de ejecución compleja hasta el punto de exceder lo accesorio de lo principal". Y cita también la resolución la SAP Madrid -Sección 2ª- 26-7-2013.

En la misma línea la SAP Barcelona -Sección 19ª- 29-12-2015 había establecido que " lo indispensable es el paso y no la obra a ejecutar en el edificio. En principio el concepto indispensable guarda relación con la necesidad. La necesidad aparece como presupuesto fundamental, pues para poder llevar a cabo esas obras, no hay otra posibilidad; no cabe dispensa o excusa alguna; pero el término indispensable del artículo 569 del Código Civil no puede entenderse de modo absoluto, sino que debe ceder ante posibles medidas correctoras propuestas por el dueño del predio sirviente antieconómicas en relación con lo que se discute, extraordinariamente molestas o de ejecución compleja hasta el punto de exceder lo accesorio de lo principal.

A la servidumbre de andamiaje del artículo 569 del Código Civil le es de aplicación los principios consagrados en los artículos 565 y 566 del Código Civil ( sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 1972 ; 18 de diciembre de 1958 y 6 de julio de 1897 ). De tal manera que el contenido de la servidumbre debe ser lo menos perjudicial posible para el predio sirviente siempre que baste para satisfacer el requisito de la **indispensabilidad**".

**10.-** En el supuesto enjuiciado, nos encontramos con dos fincas colindantes de diferente altura separadas por una pared medianera en la que existe un tabique pluvial cerámico. En el proyecto técnico de la Sra. Teresa que acompaña a la demanda se indica que el tabique está muy envejecido y que presenta fisuras verticales. En la vista, expone la profesional que la pared medianera presenta problemas de condensación que generan humedades que se conectan con la pared interior del inmueble de la demandante. De ahí que toda la franja inferior de la pared de la planta DIRECCION002 de la vivienda de la Sra. Brigida , junto al suelo, presente humedades y hongos. La Sra. Arquitecta Técnica considera que la pared medianera debe ser reparada modificando su configuración visual (acabado) pero sin afectar a su estructura. Así, se propone demoler el tabique cerámico y, después, colocar el aislamiento mediante unas placas de "poliestirè extrusionat" que recubrirán toda la superficie de la medianera.

El perito Sr. Pablo , por su parte, considera que el tabique no está envejecido y que las fisuras detectadas no tienen gran trascendencia ya que no permiten el acceso del agua a la vivienda de la actora. Sin embargo, confirma este técnico en la vista y en su informe los problemas de humedades que afectan a la finca de la demandante. Resulta, en ese sentido, sumamente clarificadora la fotografía inferior de la página 11 de su informe. Este profesional explica que el tabique se apoya en una hilera de ladrillos tipo "gero" empotrados en la pared de cerramiento de la planta DIRECCION002 , apoyo y anclaje que también se da en varias pulseras verticales existentes en la superficie de la medianera. Esta solución constructiva (ubicada a la misma altura que la humedad detectada en el interior de la vivienda de la Sra. Brigida ) es incorrecta pues genera puentes térmicos que provocan condensaciones en las superficies interiores de la vivienda, lo cual se traduce en zonas húmedas con moho.

Por último, la Sra. Rosalia no puede pronunciarse sobre esta cuestión porque no ha visitado el interior de las viviendas de los litigantes sino que informa únicamente en base a la documental de autos y a lo que ha podido observar desde la vía pública.

**11.-** La STSJCat 20-1-2022 señala que un tabique (envà) pluvial es un " sistema que proporciona aïllament i impermeabilització a les façanes i/o mitgeres amb contacte amb l'aire, millorant d'aquesta manera el seu consum energètic i per tant econòmic" (Agencia Habitatge de Catalunya)". Aunque la resolución se refiere al art. 546.3-2 CCCat (construcción de un tabique pluvial en el lado exterior de una pared medianera con finca vecina de menor altura), la razón de ser del precepto es la misma que la del que se analiza en el caso de autos. Y el Alto Tribunal recuerda la trascendencia del aislamiento y de la eficiencia energética en los edificios y viviendas. Así, la resolución señala que "la norma persegueix propiciar l'aïllament energètic dels edificis en línia amb l'imperatiu de màxima eficiència energètica i l'exigència d'un urbanisme sostenible.

La Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge, aprovada tot just any i mig més tard que el llibre cinquè, va destinar el seu títol III a regular la *qualitat del parc d'habitatges* amb criteris orientats a aconseguir el compliment de les condicions de funcionalitat, seguretat, salubritat i sostenibilitat dels habitatges, fixant com a prioritat el foment de la conservació i la rehabilitació dels habitatges per tal d'evitar la degradació irreversible del parc (preàmbul, apartat III).



En concret, l'article 23.1 de la llei disposa que en el procés d'edificació i en la conservació i la rehabilitació del parc immobiliari residencial s'ha de vetllar per garantir -entre altres principis- l'ecoeficiència, mitjançant "l'aplicació de les mesures arquitectòniques i tecnològiques, viables econòmicament i socialment, que assegurin l'estalvi de recursos naturals, de materials i d'energia, [...] i que fomentin l'eficiència energètica dels edificis".

En aquesta línia, la pròpia llei introdueix específicament el deure dels propietaris d'immobles destinats a un ús principal residencial de conservar-los i rehabilitar-los de manera que sempre estiguin en "condicions d'ús efectiu i adequat" (art. 30).

Al seu torn, la Llei estatal 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació (LOE), enumera els requisits bàsics de tota edificació per tal de garantir la seguretat de les persones, el benestar de la societat i la protecció del medi ambient. Entre els requisits relatius a l'habitabilitat inclou "el ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio" (art. 3.1, c/).

Precisament, l'instrument europeu de recuperació (*Next Generation EU*) ideat per fer front a les conseqüències econòmiques produïdes per la COVID-19 implica l'aprovació d'un Pla estatal de recuperació, transformació i resiliència que comprèn, entre moltes altres mesures, programes d'ajuda en matèria de rehabilitació residencial d'edificis per tal de millorar llur eficiència energètica (Decret-Llei 36/2020, de 30 de desembre, i Decret 853/2021, de 5 d'octubre).

A major abundor, el Decret 390/2021, d'1 de juny, que regula el procediment bàsic per a la certificació d'eficiència energètica dels edificis, dictat a l'empara de la competència de l'Estat en legislació bàsica sobre protecció del medi ambient (art. 149.1, 23ª CE) i que comporta la transposició a l'ordenament intern de la Directiva (UE) 2018/844, no s'està de recordar en el seu preàmbul que el *Pacto Verde Europeo* (COM/2019/640) aprovat per la Comisión Europea "prevé como actuación clave la "Oleada de renovación" en el sector de la construcción, donde la certificación energética de los edificios adquiere un papel relevante".

Entre les definicions que conté el Decret 390/2021 escau fer esment de la relativa al concepte d'edifici (*construcción techada con paredes en la que se emplea energía para acondicionar el ambiente interior*) i la d'eficiència energètica d'un edifici (*consumo de energía, calculado o medido, que se estima necesario para satisfacer la demanda energética del edificio en unas condiciones normalizadas de funcionamiento y ocupación, que incluirá, entre otras cosas, la energía consumida en la calefacción, la refrigeración, la ventilación, la producción de agua caliente sanitaria y la iluminación*).

En l'àmbit estrictament català, el Decret 259/2003, que desplegava les determinacions de la primera llei catalana de l'habitatge (Llei 24/1991, de 29 de novembre), ja incloïa entre els requisits d'habitabilitat dels habitatges usats que la construcció havia d'"evitar que traspui humitats i ser estanca a les aigües pluvials" (apartat 3.2 annex 1).

El Decret actualment vigent 141/2012, de 30 d'octubre, sobre les condicions d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat, que desplega les novetats introduïdes per la Llei 18/2007 en matèria d'eficiència energètica, reitera lògicament aquelles exigències (annex 2, apartat 3)".

**12.-** La parte demandada sostiene que existen alternativas razonables a la actuación que pretende llevar a cabo la actora y que podrían ejecutarse por la cara interior de la pared medianera. Sin embargo, no expone en su contestación esas alternativas que aparecen ex novo en la vista como consecuencia del interrogatorio a los técnicos. En cualquier caso, se hace referencia (i) a la posibilidad de inyectar espuma en la cámara del tabique pluvial. Se estima que esta alternativa, sin embargo, puede constituir una solución provisional y temporal al problema de la vivienda de la demandante pero no la subsanación definitiva del mismo. De hecho, la patología constructiva del tabique no sería corregida y la generación de humedades por condensación se seguiría produciendo. Es más, en ciertos puntos de la medianera no resultará posible, o resultará muy difícil, inyectar la espuma; es el caso de los lindes con las paredes laterales de la vivienda de la actora, la zona de los ladrillos (gero) empotrados y el punto de unión con la cubierta de fibrocemento con amianto de la demandada (fotografía de la página 17 del informe del Sr. Pablo ). Se indica también (ii) la posibilidad de colocar aislamiento por la cara interior de la medianera y después tapanlo con unas placas; o de (iii) construir un tabique interior paralelo a la medianera dejando un cierto espacio a modo de cámara. En ambos casos, la deficiencia constructiva de origen no resultaría reparada de modo que las humedades seguirían produciéndose aunque no serían visibles para la actora, como expone la Sra. Teresa en la vista; por otra parte, el acabado con placas no resultaría muy aceptable para el interior de una vivienda; y, además, de aplicarse cualquiera de las dos soluciones se obligaría a la demandante a la realización de una obra nueva con el consiguiente coste y asumiendo una pérdida de superficie útil de su vivienda (así lo indica el Sr. Pablo en la vista). Cabe indicar, por último, que el art. 546-3.2 CCCat autoriza al propietario, en un supuesto similar al de autos pero



sin tabique pluvial, a construir el mencionado elemento por la cara exterior de la pared, es decir, no obliga al perjudicado a actuaciones de aislamiento en el interior de su propiedad. Por tanto, resultaría absurdo por ilógico que el legislador permitiese la construcción del tabique y, en cambio, rechazase la reparación del ya existente que presenta deficiencias. En consecuencia, esta sala considera que las alternativas propuestas no resultan razonables ni adecuadas.

Así las cosas, a la vista de todo lo anterior se estima que en el caso de autos sí concurre el requisito de la "indispensabilidad".

#### **CUARTO.- La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.**

**13.-** La Sra. Berta sostiene en su escrito de recurso que en la sentencia de instancia no se establece ningún pronunciamiento sobre la obligación de indemnización. Se afirma que no se pretende una garantía indemnizatoria previa pero que la existencia de placas de fibrocemento con amianto comporta una serie de riesgos que exigen un pronunciamiento específico en relación a si la parte actora viene obligada a retirar las placas y a su sustitución posterior por otras de un material similar pero sin amianto; o, en otro caso, si debe indemnizar la parte actora los perjuicios que cause a la demandada.

**14.-** La SAP Barcelona -Sección 19ª- de 29-12-2015 recuerda que el supuesto de autos constituye una limitación del dominio en razón de las relaciones de buena vecindad. En consecuencia, considera que no concurre "el requisito previo del pago de un canon de ocupación o precio de alquiler y ello porque, a diferencia de las servidumbres, las limitaciones legales por razón de vecindad se caracterizan por la "reciprocidad" de la que se deriva que las normales incomodidades por la ocupación temporal de la finca son de obligada tolerancia sin cobrar nada por ello, por exigencia de la propia convivencia vecinal. Y ello sin perjuicio de la eventual y posterior indemnización a que puedan dar lugar la ocupación temporal, si, por su intensidad, extensión superficial o duración, las incomodidades, molestias o perturbaciones que generara rebasaran las ordinarias o usualmente tolerables en una normal convivencia vecinal o si se hubieran causado daños imputables a las labores o instalaciones efectuadas en el curso de la ocupación". Y añade la resolución que se analiza que "este criterio de rechazar el requisito previo de la indemnización para la ocupación temporal de la finca, remitiendo a una eventual y posterior indemnización, el mantenido en resoluciones de diversas Audiencias Provinciales. ( Así en la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de abril de 2012; de la Sección 3ª de Les Illes Balears de 8 de mayo de 2007; de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León de 10 de noviembre de 2010; de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de julio de 2008; de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de julio de 1999)".

**15.-** Por lo demás, yerra la apelante cuando señala que la sentencia de instancia no incluye ningún pronunciamiento sobre la cuestión que se analiza. En efecto, mediante auto de 27-10-2021 se procedió a la aclaración de la sentencia añadiéndose el párrafo siguiente: "La parte actora deberá asumir, no solo el coste de la realización de las obras y la indemnización correspondiente por los perjuicios que se le puedan irrogar a la demandada, sino también aquellos costes que se puedan derivar directamente de la obra". La parte demandada no puede instar pronunciamientos del juzgador que no se incluyan en la demanda porque no formuló reconvencción. Por otra parte, en fin, la solicitud que efectúa la Sra. Berta en su apelación se estima ya incluida en la aclaración de la sentencia. Así, si la obra conlleva la necesidad de la retirada de la cubierta, resulta obvio que la actora deberá responder por este hecho y asumir el coste de su sustitución por placas de un material similar pero que no contenga amianto, toda vez que la finca debe devolverse tal y como se recibió. Esto constituiría un "coste derivado de la obra". Y si, por el contrario, el sistema constructivo no exigiese la retirada de la cubierta, cualquier daño a la misma debería ser indemnizado.

#### **QUINTO.- El carácter inadecuado del proyecto en relación al riesgo que supone la existencia de amianto en la cubierta de la demandada.**

**16.-** La Sra. Berta mantiene en su apelación que la cubierta de su propiedad está formada por placas de fibrocemento que contienen amianto. Sin embargo, denuncia la apelante que el proyecto técnico de la actora no contiene ninguna previsión en relación a los riesgos que comporta la actuación sobre ese tipo de material.

**17.-** Resulta incontrovertida en autos la existencia de material de amianto en la cubierta de la finca de la demandada. Así lo reconocen los tres técnicos que declaran en la vista. El RD 396/2006, de 31 de marzo, establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. La norma se aplica a los trabajos de demolición o de desmantelamiento de elementos que contengan amianto, o a los trabajos de mantenimiento, reparación u otras actuaciones que impliquen riesgo de desprendimiento de fibras de amianto. También al transporte y el tratamiento de los residuos (art. 3). Se prevén medidas de prevención, organizativas y de protección individual de las vías respiratorias (arts. 6 a 8). Se exige la elaboración de un plan previo de trabajo que defina entre otras cosas el tipo de material sobre el que se va a actuar (friable o no friable), plan que deberá ser aprobado por la autoridad laboral (arts. 11 y 12), Los



trabajadores deber recibir formación adecuada antes del inicio de la actividad y deben ser informados, entre otras cosas, sobre "los riesgos potenciales para la salud debidos a una exposición al polvo procedente del amianto o de materiales que lo contengan". El Sr. Pablo indica en su informe que la intervención la ha de realizar personal especializado del "Registro de Empresas con Riesgo de Amianto" (RERA), con las protecciones adecuadas, procediendo a la estabilización del material, su confinamiento y retirada a residuos peligrosos (Orden Ministerial MAM/304/2002, de 8-2-2002 y disposiciones de la Agència de Residus de Catalunya). En el mismo sentido se expresa la Sra. Rosalia que aporta con su informe la Nota Técnica de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en relación a planes de trabajo con amianto.

**18.-** La pretensión inicial de la demandante consistía en la colocación de un andamio sobre la cubierta de placas de fibrocemento con amianto. Sin embargo, el estado de la mencionada cubierta es deficiente (roturas, orificios y filtraciones de agua) según reconocen en la vista tanto la Sra. Teresa como el Sr. Pablo. De hecho, la autora del proyecto señala que la cubierta es intransitable de modo que no podría aguantar el andamio ni el paso de trabajadores con el material necesario para la obra. Así las cosas, para poder colocar sobre la cubierta un andamio resultaría previamente imprescindible sustituir las placas por otras de un material similar pero sin amianto, todo ello en una superficie de unos 57 m<sup>2</sup> (informe del Sr. Pablo).

**19.-** La demandante, sin embargo, ha desistido de esta actuación. Así lo reconoce en la vista la Sra. Teresa. Lo que se pretende ahora es la ejecución de la obra mediante una plataforma elevada sustentada en un brazo cuya base se ubique en la vía pública (una especie de grúa). Sin embargo, la Sra. Teresa reconoce que, aun optándose por este procedimiento, subsistiría cierto riesgo. En efecto, la obra ha de producir cascotes y residuos de cerámica para cuya recogida se colocará en la plataforma un elemento adecuado a tal fin. Sin embargo, resulta posible que, aun observando esa prevención, algún cascote o residuo pueda caer sobre la cubierta rompiendo o dañando alguna de las placas de fibrocemento. Por otra parte, una parte de la pared medianera linda directamente con la cubierta de la demandada (fotografías de las páginas 15 y 17 del informe del Sr. Pablo). Así las cosas, será muy difícil que la actuación en esos puntos de entrega no incida en las placas de fibrocemento. Y los peritos (Sra. Rosalia y Sr. Pablo) se muestran conformes en que si se ve afectada alguna placa será necesaria la sustitución de toda la zona de la cubierta porque no caben reparaciones parciales cuando de material de amianto se trata.

**20.-** El proyecto de la Sra. Teresa no contiene mención alguna sobre la cuestión del amianto salvo una mínima indicación respecto a los posibles residuos (pág. 31) que la propia profesional considera en la vista un error. La razón es que la arquitecta técnica reconoce que no sabía de la existencia del amianto cuando redactó el proyecto, habiendo tomado conocimiento de esta problemática cuando, con posterioridad, acudió a hablar con la Sra. Berta y se le permitió visitar la finca. Sin embargo, los dos peritos que actúan en autos refieren que la existencia del amianto resultaba fácilmente perceptible desde la vivienda de la actora. Así las cosas, la obra proyectada conllevaba un serio riesgo para la salud de los trabajadores y de los ocupantes de la vivienda de la demandada ya que resultaba imprescindible para poder colocar un andamio sobre la cubierta la actuación sobre las placas de fibrocemento con amianto sustituyéndolas por otras sin ese material. E incluso de actuarse con la plataforma elevada, el riesgo de tener que actuar sobre las placas de fibrocemento, como ya se ha dicho, persiste. Por tanto, ante esta situación y dada la total ausencia de previsión y falta de medidas de seguridad en relación al amianto en el proyecto de la actora, se estima que la oposición de la demandada a la ejecución de los trabajos tal y como se le habían propuesto inicialmente, resultaba en principio legítima.

**21.-** Resta por decirse que se estima que la solicitud del suplico de la demanda no resulta totalmente adecuada. En efecto, la actora pide que se declare su derecho a ejecutar la obra desde la finca vecina, cuestión que se reconoce en esta resolución. Sin embargo, propone un procedimiento (la colocación de un andamio sobre la cubierta de la vivienda) que ha sido finalmente desechado de acuerdo con las explicaciones de la Sra. Teresa. Así las cosas, se estima que debe confirmarse la autorización de acceso a la finca vecina que establece la sentencia de instancia pero con las siguientes precisiones:

(1) Deberá presentarse previamente un proyecto de la obra que cumpla las exigencias del RD 396/2006, de 31 de marzo, todo ello en previsión del riesgo de tenerse que actuar sobre las placas de fibrocemento con amianto de la cubierta de la finca de la demandada.

(2) La ejecución de la obra se llevará a cabo mediante una plataforma elevada sustentada en un brazo con base en la vía pública. En caso de tenerse que actuar sobre la cubierta de la demandada, los trabajos deberán ajustarse a las prescripciones de la normativa específica expuesta en el punto anterior y a toda la relativa a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser parcialmente acogido y, en consecuencia, la demanda estimada con las precisiones que se acaban de exponer (lo que supone el acogimiento de parte de la contestación) y sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias ( arts. 394.1 y 398.1 Lec).



Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Berta contra la sentencia de 21-9-2021 (aclarada el 27-10-2021), dictada en los autos de Procedimiento Ordinario nº 910/2018, seguidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción nº 8 de Rubí, resolución que se revoca parcialmente. En consecuencia, se acuerda condenar a la parte demandada a permitir el acceso a su finca para el paso de personal y material necesario para ejecutar las obras imprescindibles en la pared lateral del edificio y, en consecuencia de lo anterior, la parte demandada deberá abstenerse de cualquier acto que impida o dificulte la correcta ejecución de los trabajos destinados a tal fin.

La parte demandante deberá cumplir los requisitos fijados en el punto 21º del fundamento jurídico quinto de la presente resolución y asumir, no solo el coste de la realización de las obras y la indemnización correspondiente por los perjuicios que se le puedan irrogar a la demandada, sino también aquellos costes que se puedan derivar directamente de la obra.

No se hace imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

Se decreta la devolución del eventual depósito constituido por la apelante de conformidad con lo establecido en los apartados 1, 3b/ y 8 de la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ.

La presente sentencia no es firme y contra ella puede interponerse recurso de casación por interés casacional fundado en infracción de norma sustantiva o procesal ante la Sala Civil del Tribunal Supremo o ante la Sala Civil-penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si el recurso se funda exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas procesales o sustantivas del ordenamiento civil catalán, a interponer en cualquier caso por escrito presentado ante este Tribunal en el término de 20 días desde el día siguiente a su notificación, con acreditación de haber constituido el preceptivo depósito, salvo exención legal.

Remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de procedencia, para su cumplimiento, con devolución de las actuaciones originales.

Así, por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos