



Roj: **SAP MA 97/2018 - ECLI:ES:APMA:2018:97**

Id Cendoj: **29067370042018100056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **08/01/2018**

Nº de Recurso: **529/2016**

Nº de Resolución: **2/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME NOGUES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

SECCIÓN CUARTA.

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JOAQUÍN DELGADO BAENA.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ.

D. JAIME NOGUÉS GARCÍA.

RECURSO DE APELACIÓN 529/2016.

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CUATRO DE MARBELLA.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 132/2015.

S E N T E N C I A Nº 2/2018

En la ciudad de Málaga a ocho de enero de dos mil dieciocho.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados antes indicados, el recurso de apelación frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 132/2015, procedente del juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella, interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 , demandada en la instancia que comparece en esta alzada representada por la procuradora doña Ana María Rodríguez Fernández, defendida por el letrado don Teodoro García Tentor. Es parte recurrida la Comunidad de propietarios DIRECCION000 Bloques NUM002 a NUM003 , demandante en la instancia que comparece en esta alzada representada por el procurador don Javier Bueno Guezala, defendida por el letrado don Erhard Zurawka.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella dictó sentencia el 26 de enero de 2016 , en el procedimiento ordinario 132/2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" *ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador D. Julio Mora Cañizares, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 Bloques NUM002 a NUM003 , contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 , y en su virtud:*

Primero: Declarar que el título constitutivo y los Estatutos de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 establecen el derecho recíproco de los propietarios de los diferentes elementos integrantes de los bloques nº NUM000 a NUM004 del Conjunto DIRECCION000 Fase II, así como de sus familiares, invitados o inquilinos, a la utilización y disfrute de las piscinas, jardines y demás zonas de esparcimiento contenidas en las parcelas NUM005 , NUM006 y NUM007 del sector URO-VB-ELVIRIA III.



Segundo: Declarar la obligación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 de respetar el derecho de uso recíproco de dichos elementos establecidos en los estatutos.

Tercero: Condenar a la Comunidad de Propietarios demandada a que permita a los vecinos de la Comunidad de Propietarios actora el uso de la piscina situada entre los bloques NUM008 y NUM001 , así como de los jardines y zonas de esparcimiento, y a restituir a dichos propietarios en tal uso, facilitando a tal fin el acceso mediante la entrega de las llaves, códigos de acceso u análogos medios de apertura.

Cuarto: Condenar a la demandada al pago de ellas costas procesales " .

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la demandada y admitido a trámite, el juzgado juzgado realizó los preceptivos traslados y transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 18 de diciembre de 2017, quedando visto para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Es ponente el Magistrado don JAIME NOGUÉS GARCÍA, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone la Comunidad de propietarios demandada recurso de apelación frente a la sentencia que ha estimado la demanda deducida en su contra por la Comunidad de propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 , declarando que el título constitutivo y los Estatutos de dicha Comunidad establecen el derecho de uso por parte de los propietarios que la integran, familiares, invitados o inquilinos, de los elementos integrantes de los bloques números NUM000 a NUM004 del Conjunto DIRECCION000 Fase II (piscinas, jardines y demás zonas de esparcimiento), con la consecuente obligación de la demandada de respetar dicho uso recíproco condenándole a permitir a los vecinos de la Comunidad de propietarios demandante el uso de la piscina situada entre los bloques NUM008 y NUM001 , jardines y zonas de esparcimiento, facilitando el acceso mediante la entrega de llaves, códigos de acceso u otros medios análogos de apertura, con imposición de costas.

Insiste la recurrente en que el artículo XXXV de los Estatutos de la Comunidad somete a **arbitraje** las controversias que puedan surgir entre los distintos propietarios, o entre estos y la Comunidad, siendo incompetente la jurisdicción civil para resolver la controversia, cuestión que debió ser apreciada de oficio por el tribunal, reiterando igualmente que, aproximadamente en el año 2007, ambas Comunidades de propietarios acordaron que cada una sufragaría los gastos de conservación y mantenimiento de sus zonas verdes y piscina, de uso exclusivo de sus propietarios, situación que se ha mantenido hasta el año 2014, cuando la Comunidad de propietarios demandante ha planteado la controversia, sin que discuta la existencia de la macrocomunidad de propietarios, que ninguna titularidad o derecho ostenta sobre las zonas de esparcimiento, piscinas y jardines.

La Comunidad de propietarios demandante se opone al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida por ser ajustada a derecho.

SEGUNDO .- Los antecedentes de las cuestiones sometidas a consideración de la Sala pueden resumirse del modo siguiente:

I.- La Comunidad de propietarios DIRECCION000 Bloques NUM000 a NUM001 formuló demanda de juicio ordinario frente a la Comunidad de propietarios DIRECCION000 Bloques NUM002 a NUM003 , alegando en síntesis que, desde la construcción de los edificios en el año 1999 ambas Comunidades han venido compartiendo el uso y disfrute de los jardines, piscinas y zonas de esparcimiento, tal y como viene establecido en el título constitutivo redactado por la promotora de la urbanización, si bien en el mes de julio de 2014, la Comunidad de propietarios demandada cerró con llave la puerta de acceso a los caminos, y con un mecanismo de código numérico el acceso a la piscina, solicitando el dictado de sentencia por la que se declarase que el título constitutivo y los estatutos de la Comunidad de propietarios DIRECCION000 bloques NUM000 a NUM001 establecen el derecho de uso y disfrute de los propietarios, familiares, invitados o inquilinos de los diferentes elementos integrantes de los bloques NUM000 a NUM004 del Conjunto DIRECCION000 II de las piscinas, jardines y demás zonas de esparcimiento, y la condena de la Comunidad de propietarios demandada a respetar dicho derecho de uso recíproco, permitiendo a los vecinos de la Comunidad de propietarios demandante el uso de la piscina situada entre los bloques NUM008 y NUM001 y de los jardines y zonas de esparcimiento, facilitando el acceso mediante la entrega de llaves, códigos de acceso u otros medios de apertura, con imposición de las costas devengadas.



II.- La Comunidad de propietarios demandada se opuso a dichas pretensiones, alegando con carácter previo la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda por remitir los estatutos la resolución de las controversias entre comuneros, o entre estos y la Comunidad de propietarios a **arbitraje** privado, negando los hechos alegados de contrario por existir un acuerdo por el que las dos Comunidades de propietarios decidieron dejar de compartir las piscinas, zonas verdes y demás zonas de esparcimiento.

III.- El Magistrado-juez del juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella, al que correspondió el conocimiento de la demanda, dictó sentencia estimando la misma.

a.- Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción por sumisión de la controversia a **arbitraje**:

" Y en tercer lugar, alega la demandada falta de jurisdicción de este juzgado por cuanto el asunto debería ser sometido a **arbitraje**, dado que el art. 5 de los estatutos de la macrocomunidad señala que las cuestiones que surjan entre los distintos propietarios de este inmueble o entre estos y la Comunidad se someterán a **arbitraje**. No obstante, la demandada no presentó en forma declinatoria, y si bien tal como la misma alega la excepción puede ser apreciada de oficio hay que decir que el citado art. 5 de los estatutos de la llamada mancomunidad se refiere a someter a **arbitraje** las cuestiones que surjan entre distintos propietarios o entre tales propietarios y la comunidad, siendo así que aquí se ejercitan acciones por una comunidad frente a otra y como he señalado es controvertido el alcance y aplicación de los títulos constitutivos y estatutos de ambas Comunidades litigantes. No concurre por tanto falta de jurisdicción " (último párrafo del fundamento de derecho segundo).

b.- Acoge las pretensiones de la Comunidad de propietarios demandante:

" En el caso presente, la demandada alega que en Junta General de Propietarios de su Comunidad de fecha 19 de marzo de 2008 se hizo alusión a la extinción de la mancomunidad, si bien:

1º- Se exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación del título constitutivo, en cuanto que el art 17.6 de la LPH dispone que "Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación", siendo así que no consta acuerdo expreso de la comunidad actora en tal sentido, como en todo caso tampoco consta acuerdo al respecto adoptado por la junta de la macrocomunidad o por las demás comunidades que la integran. Tampoco consta que la demandada haya instado la disolución de la mancomunidad o impugnado sus estatutos. Por tanto, en modo alguno puede tenerse por extinguida la macrocomunidad.

2º- Que cada comunidad mantenga sus piscinas y jardines no es de por sí motivo que permita afirmar una voluntad tácitamente manifestada por todos los propietarios de disolver la mancomunidad constituida sobre aquellos elementos. Cuestión distinta es que se pueda haber alcanzado un acuerdo tácito para que cada comunidad mantenga y a la vez haga uso exclusivo de aquellos elementos, pero el mismo no se tiene por acreditado dado que como dije no se ha probado que tal circunstancia fuera objeto de discusión en la junta de la macrocomunidad ni en la de las demás comunidades, y es lo cierto que los propietarios de éstas han seguido acudiendo a la piscina y jardines de la demandada, como prueba el hecho de que la misma los cerrara para evitarlo. Así mismo, el que cada comunidad mantenga las instalaciones de su bloque, se presenta únicamente como una forma de distribución de los gastos, en este caso sí acordada de forma tácita y válidamente.

3º- No se aprecia abuso de derecho alguno, ya que el derecho de uso es recíproco entre todas las comunidades.

Por tanto, no hay acuerdo expreso para modificar el título constitutivo y los estatutos, como tampoco consta acuerdo tácito de todas las comunidades de la urbanización en cuanto al uso individual de piscinas y jardines, por lo que no cabe acoger las alegaciones de la demandada, presentándose la actuación llevada cabo por la misma como una vulneración del título constitutivo y los estatutos tanto de la macrocomunidad como de la propia comunidad demandada, debiendo ser íntegramente estimada la demanda presentada " (párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho cuarto).

TERCERO .- El primer motivo del recurso interpuesto por la demandada reitera la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje** articulada en la instancia, alegando que así se prevé en los estatutos, tanto de la Comunidad de propietarios de los bloques NUM002 a NUM003 como en la propia, reprochando al juzgador que no apreciara de oficio la incompetencia de jurisdicción por ser cuestión de orden público.

El motivo ha de ser rechazado.

La Comunidad de propietarios demandada, ahora recurrente, se personó en el procedimiento tras ser emplazada, articulando la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**, pero sin plantear declinatoria en los términos previstos en el art. 63 LEC, procediendo seguidamente a contestar a la demanda, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 56. 2º LEC se produjo la sumisión tácita al tribunal del



orden jurisdiccional civil, sin que sea de recibo reprochar al juzgador de instancia que no apreciara de oficio la incompetencia de jurisdicción para justificar el incorrecto planteamiento como excepción procesal de lo que debió ser declinatoria, pero en cualquier caso, debe recordarse que la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, aclara que la Ley mantiene los denominados efectos positivo y negativo del convenio arbitral, y respecto de este último, la regla general de que debe ser hecho valer por las partes, específicamente por el demandado a través de la declinatoria, y en tal sentido se pronuncia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, de 1 marzo de 2011, razonando que el artículo 11.1 de la Ley 60/2003, de **Arbitraje**, exige que presentada demanda ante los tribunales de justicia, formule declinatoria la parte que pretenda valerse del **arbitraje**, y de no hacerlo en la forma y tiempo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil será de aplicación la sumisión tácita prevista en el artículo 56.2º de dicha ley, entendiéndose que el demandado ha renunciado al **arbitraje** y acepta la resolución del conflicto por los tribunales de justicia.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia **Provincial de Vizcaya de 28 de enero de 2002** puntualiza que la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje** no es apreciable de oficio, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil considera que el **arbitraje** forma parte del derecho de disposición de las partes (art. 19.1 LEC), debiendo hacerse valer por el trámite de la declinatoria, y de no acudir a dicho mecanismo procesal la parte demandada queda sometida al Tribunal que conoce del procedimiento.

CUARTO .- El segundo motivo del recurso se articula sobre una errónea valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia sobre las circunstancias que motivaron que las dos Comunidades de propietarios decidieran, aproximadamente en el año 2007, que cada una sufragara los gastos de conservación y mantenimiento de sus zonas verdes y piscina, de uso exclusivo de sus propietarios, situación que se ha mantenido hasta el año 2014, al someter a debate la demandante una controversia que nunca ha existido, pues el cierre de la piscina era una exigencia legal para poder hacer uso de la misma, no para impedir el uso por parte de los propietarios que integran la Comunidad de propietarios demandante, dado el acuerdo adoptado en su día al respecto.

El motivo ha de ser desestimado.

La controversia en la instancia queda reducida a una cuestión de prueba, y a tal respecto como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo 2016 . " *Con carácter general, las normas que disciplinan la carga de la prueba se consideran infringidas cuando un determinado hecho relevante para la decisión del pleito no ha quedado probado y la sentencia impone las consecuencias de su falta de acreditación a la parte a la que no correspondía su prueba. De esta forma, es necesario, como presupuesto previo, que un hecho determinante para la resolución de la litis haya quedado huérfano de prueba y que la sentencia, a la hora de determinar la imputación por este vacío probatorio, infrinja las normas legales sobre su carga, artículo 217 LEC . Por esta razón, cómo haya quedado probado un determinado hecho y quién haya aportado tal medio probatorio son extremos cuya denuncia no puede integrar esta concreta infracción, pues la norma sobre la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar, cómo deben probarse ciertos hechos o con qué rigor deben valorarse las pruebas para entender suficientemente acreditados los hechos que constituían su objeto, sobre los que no hubiera conformidad entre las partes o no alcanzaran la categoría de hecho notorio. La función de la carga de la prueba en el proceso civil se limita a determinar las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes que hayan resultado controvertidos .*

En este contexto, esta Sala, en su sentencia de 9 mayo de 2013 (núm. 241/2013), tiene declarado:

«[...] 101. La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC - STS 263/2012, de 25 de abril (RC 984/2009) y en idéntico sentido SSTS 684/2012, de 15 de noviembre (RC 1024/2010), y 561/2012, de 27 de septiembre (RC 831/2010)» .

Por otra parte, es constante y reiterada la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras en las sentencias de 11 de abril de 1988, 18 de octubre de 1989 y 8 de julio de 1991, que recuerda que en nuestro ordenamiento rige el principio de la libre valoración de la prueba por el Tribunal, cuyos resultados, obtenidos a través de la valoración conjunta de toda la prueba, han de prevalecer por estar inspirados en criterios objetivos y desinteresados. También es reiterada la doctrina jurisprudencial al establecer que a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 1 de marzo y



28 de octubre de 1994 , 3 y 20 de julio de 1995 , 23 de noviembre de 1996 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003 , entre otras muchas).

No obstante lo anterior, la Sala, en cuanto órgano de apelación tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y substantivas de aplicación al caso (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1993 , 18 de febrero y 5 de mayo de 1997 , y 31 de marzo de 1998 , y sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 1996), puesto que la apelación constituye una nueva instancia, con plenitud de cognición para el Tribunal (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 , entre otras muchas), pues se trata el recurso otorga a la Sala plena jurisdicción, permitiendo revisar todas las cuestiones suscitadas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstos, tanto fácticos como jurídicos, con el único límite de la prohibición de la "reformatio in peius" (autos del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1997 y 10 de mayo de 1998 , entre otras resoluciones), y el de la inmodificabilidad de los aspectos consentidos o no impugnados (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1998).

Aún conviene precisar que, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 , el Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española , ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su relación directa con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, las sentencias 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre , destacan que " *concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración* ". En la número 55/2001, de 26 de febrero, el Tribunal enumera los requisitos que deben concurrir para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, en particular, que el error debe ser patente, es decir, " *inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia* " .

Quiere ello decir que no todos los errores sobre valoración de la prueba tienen relevancia constitucional, sino que como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio 2012 es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º) Que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La revisión por la Sala de la prueba practicada lleva a la misma conclusión alcanzada por el juzgador de instancia, y es que constando en los Estatutos el uso compartido de zonas comunes, jardines y piscinas, su modificación exigiría el acuerdo unánime de los propietarios reunidos en junta (art. 17.6 de la LPH), que pese a lo alegado por la recurrente no consta, sin que, como apunta el juzgador, el mantenimiento de piscinas y jardines por cada Comunidad implique una voluntad tácita de uso exclusivo de dichos elementos, que son comunes por disposición legal; de hecho los propietarios que integran la Comunidad de propietarios demandante han seguido haciendo uso de la piscina y jardines de la demandada, y la prueba más evidente es que ésta ha tenido que cerrar el acceso, lo que no hubiera sido preciso de existir el acuerdo alegado por la recurrente, y ello viene corroborado por la junta celebrada por la Macrocomunidad el 29 de abril de 2014, en la que el presidente de la comunidad de propietarios recurrente expuso los problemas surgidos por el número de visitantes externos en su piscina y otras zonas para justificar la medida adoptada, unilateralmente, de cerrar el acceso tras asesorarse jurídicamente, a lo que contestó el presidente de la Macrocomunidad recordando el derecho de uso de la piscina por establecerlo así los estatutos, cuestión sobre la que nunca ha existido problema, exhortando a los presidentes de ambas comunidades a llegar a un acuerdo.

Concluimos que no acredita la demandada, como exige el art. 219 LEC , ningún acuerdo sobre la modificación de los estatutos, fundamentalmente del art. XXXVII sobre uso recíproco de jardines, piscinas y zonas de esparcimiento, y ello con independencia de cuestiones relativas a la contribución al sostenimiento y conservación de los elementos comunes o a un uso racional de las piscinas y de los jardines, cuestiones internas que en su caso deberán ser reguladas por los propietarios reunidos en junta.

En definitiva, procede la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO .- Desestimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC , procede imponer a la recurrente las costas devengadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido en su día para recurrir (Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación en derecho.



FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuestos por la procuradora doña Ana María Rodríguez Fernández, en nombre y representación de la Comunidad de propietarios DIRECCION000 bloques NUM000 a NUM001 , frente a la sentencia dictada el 26 de enero de 2016 por el Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella , en el procedimiento ordinario 132/2015, debemos confirmar dicha resolución, imponiendo a la recurrente las costas procesales devengadas en esta alzada.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino previsto.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales, al juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ