



Roj: **SAP TF 114/2007 - ECLI:ES:APTF:2007:114**

Id Cendoj: **38038370042007100036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **10/01/2007**

Nº de Recurso: **477/2006**

Nº de Resolución: **2/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.º 2.

Rollo n.º 477/06.

Autos n.º 755/05.

Juzgado de 1ª Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife.

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Pablo José Moscoso Torres.

MAGISTRADOS

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a diez de enero de dos mil siete.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos n.º 755/2005, seguidos por los trámites del juicio Ordinario y promovidos, como demandantes, por DON Carlos Daniel , DOÑA Sonia , DOÑA Amanda y DOÑA Elvira , que han comparecido ante este Tribunal representados por el Procurador Don Miguel Andrés Rodríguez López y dirigidos por el Letrado Don Antonio Darías Padrón, contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL " EDIFICIO000 " , que ha comparecido ante este Tribunal representada por la Procuradora Doña Teresa Medina Martín y dirigida por la Letrada Doña Miriam Isabel Vera Santos; ha pronunciado, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez Doña María del Mar Sánchez Hierro dictó sentencia el veintiséis de mayo de dos mil seis cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Se desestima la demanda formulada por la representación procesal de Dº Carlos Daniel , Dª Sonia , dª. Amanda y Dª. Elvira contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 " , absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas. No se hace especial pronunciamiento en costas.»

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante, en el que solicitaba que se tuviera por preparado recurso de apelación contra tal resolución, petición a la que se accedió por el Juzgado mediante providencia en la que se acordó, además,



emplazar a dicha parte por veinte días para la interposición de tal recurso; en el plazo conferido, se interpuso por escrito dicho recurso con exposición de las alegaciones en que se fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 ", presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos y mediante providencia de treinta y uno de octubre pasado, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintidós de diciembre de dos mil seis, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó la demanda en la que se impugnaba el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios del edificio de la Comunidad demandada, celebrada el 11 de noviembre de 2004, aprobatorio de la propuesta de construcción de un garaje o aparcamiento subterráneo dentro de los límites del solar del edificio, así como el resto de los acuerdos adoptados en la misma Junta, relacionados o consecuentes con el anterior.

Dicha sentencia ha sido apelada por los actores que insisten en su pretensión de primera instancia y en la necesidad de la unanimidad para la validez de un acuerdo como el adoptado, y alegan, en primer lugar y muy en síntesis, la infracción del art. 17.1, en relación con el art. 12, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal -LPH -, ya que no se trata de "instaurar un nuevo servicio común...sino aparcamientos que pasarían a ser propiedad de aquellos comuneros interesados en adquirir una plaza, con lo que en realidad se vendría a convertir un elemento común, como es el subsuelo del edificio, en elementos privativos".

SEGUNDO.- La cuestión que suscita el recurso consiste en dilucidar si para la adopción del acuerdo de construcción de un garaje en el subsuelo de un edificio sujeto al régimen de la Propiedad Horizontal, con el fin de habilitar a los copropietarios estacionamientos para vehículos automóviles, es preciso la unanimidad de los miembros de la comunidad por suponer la alteración de un elemento común que afecta al título constitutivo (art. 17.1ª y 12 de la LPH), o bien basta con el voto favorable de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, al tratarse de un servicio común de interés general de los contemplados en el párrafo segundo del art. 17.1ª citado.

La cuestión ha sido analizada en la doctrina y en la denominada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, sin que haya recibido una solución única. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2004 (Sección 10ª) reclama la unanimidad para un acuerdo como el señalado, mientras que, por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 19 de junio de 2000, sostiene el criterio de ser suficiente el criterio de la mayoría de los tres quintos.

Sobre esta cuestión puede ser conveniente matizar que si bien la construcción de un garaje como servicio común de interés general puede suscitar alguna duda, pues determina un uso particular (no común, por tanto) establecido en beneficio de cada propietario, este beneficio particular, en la medida en que sea común para todo ellos -sin excepción- también puede representar un servicio de este tipo -común- de interés general, es decir, de todos. Partiendo de esto, se puede distinguir según que la construcción implique la desafectación de un elemento común, creando unidades privativas, o bien solo una alteración del destino de tal elemento persistiendo su carácter común, de manera que en el primer caso sería preciso la unanimidad mientras que en el segundo se trataría tan solo del establecimiento de un servicio de interés general; es decir, la creación se puede acordar con el doble quórum de los tres quintos al amparo de lo dispuesto en el art. 17.1 citado, pero siempre que se establezca en beneficio de todos los propietarios y como simple atribución de uso (ya sea común, ya sea acotando el espacio para su uso privativo por cada propietario), manteniendo el carácter común del elemento y de la zona, pues la atribución de la propiedad (con la desafectación de este carácter) requiere ya la unanimidad.

TERCERO.- Desde este punto de vista habría que matizar algunas de las consideraciones de la sentencia apelada, en la que se alude a la posibilidad de los comuneros de adquirir una plaza de garaje a un precio previsiblemente inferior al del mercado, pues la adquisición y transmisión de la plaza de garaje como unidad física independiente o como parte indivisa del local de garaje (bien a los propietarios bien a terceros, incluso por parte de aquéllos a éstos) requiere la desafectación del elemento común que haría precisa la unanimidad, ya que no se trata de una simple atribución de uso de ese elemento común, ni de su alteración para el establecimiento de un servicio común de interés general, sino de su conversión en elemento privativo para su posterior enajenación por partes, quedando desvinculado de su uso o servicio común.



De lo expuesto se sigue que el acuerdo de construir el garaje en un elemento común (aprovechando el suelo y subsuelo común) será o no válido en función de los términos en que se haya adoptado y de que suponga o no la desafectación del tal elemento, supuesto éste en el que es necesaria la unanimidad que aquí no se ha producido. Sin embargo y en este caso los términos de la propuesta aprobada no hacen referencia expresa al régimen aplicable a la construcción proyectada y al espacio sobre el que se ubica, régimen del que depende su validez.

Naturalmente, la trascendencia del acuerdo y su repercusión en el título constitutivo exige la mención expresa de ese dato para conocer y saber lo que se aprueba o no, pues una aprobación no matizada de la propuesta podría considerarse como una habilitación para la desafectación del elemento común sin la unanimidad necesaria, lo que resultaría improcedente de acuerdo con lo ya razonado. Pero es que además y por otro lado, la misma sentencia apelada señala la posibilidad de que los propietarios adquieran privativamente una plaza de garaje (con la posibilidad, lógicamente, de transmitirla a su vez a terceros), como también se vino a reconocer por el anterior Presidente de la Comunidad (que lo era en el momento de la Junta) en su declaración como testigo en el acto del juicio; naturalmente y si existe esa posibilidad, habiéndose aprobado el acuerdo en tales términos (al menos implícitamente), éste es nulo al no concurrir la unanimidad necesaria.

CUARTO.- En función de lo expuesto entiende la Sala que el recurso debe estimarse en la medida en que el acuerdo se ha aprobado en esas condiciones, con la decisión -al menos implícita- de la desafectación que requiere la unanimidad. Es cierto que podría entenderse que el acuerdo no se pronuncia de manera expresa sobre esa eventualidad y que lo mismo puede considerarse en un sentido o en otro, pero, como se ha señalado, la trascendencia del acuerdo y el hecho de que la adquisición por los propietarios (y la desafectación que lleva consigo) se considere como una posibilidad implícita en el acuerdo, impone la unanimidad en su aprobación.

Por otro lado y como apunta la sentencia apelada, el acuerdo puede matizarse en el sentido de que el mismo no supone la iniciación de las obras para lo que sería preciso un acuerdo posterior en función de los proyectos elaborados y de las garantías que se ofrecieran para la seguridad y estabilidad del inmueble; ahora bien, ese acuerdo estaría ya condicionado por el ahora aprobado, pues se trataría de un acuerdo firme.

Por lo demás el acuerdo lleva consigo la nulidad de los demás que son la consecuencia lógica de aquél, siendo un presupuesto nulo de los posteriores. Ello no implica, sin embargo, que la Comunidad no se pueda replantear el proyecto y la propuesta, así como acometer la construcción del garaje en términos como los antes señalados, en decir, manteniendo el carácter común del elemento a alterar para hacer una atribución de uso (como por lo demás existe en la actualidad sobre las plazas de estacionamientos existente en el suelo o patio común, que no son suficientes para todos los propietarios, siguiéndose un sistema rotatorio en su utilización), lo que ya demandaría tan solo el quórum especial de los tres quintos a los que alude el párrafo segundo del art. 17.1ª de la LPH .

QUINTO.- Procede, por consiguiente, estimar el recurso por la primera de sus alegaciones y revocar la sentencia apelada para estimar la demanda, pero sin que proceda imposición especial sobre las costas de primera instancia, no solo por las razones señaladas en la sentencia apelada sino también por las dudas de derecho que el caso suscita a la vista de las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión planteada (art. 394 de la LEC), sin que por la estimación del recurso, proceda imposición especial sobre las costas generadas en la segunda instancia.

FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia apelada.
- 2.- Estimar la demanda interpuesta y anular los acuerdos adoptados en la Junta Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 , celebrada el día 11 de noviembre de 2004.
- 3.- No hacer imposición especial sobre las costas de primera y segunda instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.