



Roj: **SAP MA 854/2015 - ECLI:ES:APMA:2015:854**

Id Cendoj: **29067370042015100091**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **23/02/2015**

Nº de Recurso: **656/2012**

Nº de Resolución: **91/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOAQUIN IGNACIO DELGADO BAENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 91/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

SECCION CUARTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. MANUEL TORRES VELA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. JOAQUIN DELGADO BAENA

D. JOSE LUIS LOPEZ FUENTES

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº10 DE MALAGA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 656/2012

AUTOS Nº 1328/2008

En la Ciudad de Málaga a veintitrés de febrero de dos mil quince.

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Proced. Ordinario seguido en el Juzgado referenciado. Interponen recurso D. Simón y D^a. Carina que en la instancia fueran partes demandantes y comparecen en esta alzada representados por la Procuradora Dña. BELEN OJEDA MAUBERT. Es parte recurrida CP RESIDENCIAL DIRECCION000 que está representado por el Procurador D. JOSE CARLOS JIMENEZ SEGADO y defendido por el Letrado D. GAMERO BASTIDA, ANTONIO, que en la instancia ha litigado como parte demandada .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 9 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: *"Que desestimando la demanda interpuesta por Procuradora Dña. Belén Ojeda Maubert, en nombre y representación de D. Simón y Dña. Carina , contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS RESIDENCIAL DIRECCION000 , debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales."*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez 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 17 de febrero de 2015 quedando visto para sentencia.



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

Visto, siendo ponente el/la Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado/a D./Dña. JOAQUIN DELGADO BAENA quien expresa el parecer del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Simón y D^a. Carina , que comparecen en calidad de apelantes, se alega en primer lugar infracción del artículo 17.1 de la LPH . Y en segundo lugar, infracción del artículo 394 de la LEC . Por todo lo expuesto solicita la revocación de la resolución recurrida y el dictado de una nueva sentencia por la que se estime la demanda con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

Por la representación procesal de la entidad Residencial DIRECCION000 , se presentó escrito de oposición al recurso planteado, impugnando las alegaciones realizadas de contrario y, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Una vez analizadas las alegaciones de la parte recurrente se comenzará por la relativa a la infracción del artículo 17.1 de la LPH , y tal como recoge en recurrente en su escrito según, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 2008 : "*En el único motivo admitido a trámite, se denuncia la infracción del artículo 17 de la LPH , por cuanto la instalación de una piscina no supone un servicio de interés general, sino una alteración de elementos comunes y, por tanto, de modificación del título constitutivo para lo que se requiere de la unanimidad para su aprobación. Se estima. La norma 1ª del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal , tras la redacción dada al mismo por la Ley 8/1999, dispone que "el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación...". Se trata de un precepto abierto que flexibiliza el régimen de mayorías para el establecimiento o supresión de determinados servicios comunes distintos de los que menciona siempre que ofrezcan un interés general a los comuneros, y que sin duda va a favorecer el progreso de las comunidades residenciadas en pisos o locales de vieja construcción desde el momento que escapan de la regla de la unanimidad y permiten que se puedan establecer con la mayoría de los tres quintos de propietarios. Ahora bien, el problema que plantea la norma está en determinar cuando un servicio presenta ese interés para someterlo a una mayoría distinta, y este no se resuelve mediante en la desafortunada afirmación de la sentencia de que "si el acuerdo ha tenido el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios, será muy difícil poner en tela de juicio que el servicio no sea de interés general" pues ello dejaría sin contenido la regla de la unanimidad. El problema se resuelve con la lógica de las cosas y a partir de una norma en la que ninguno de los servicios que numera tiene que ver con el recreo, esparcimiento o actividades recreativas, que, con su aprobación, todos los propietarios, incluidos los disidentes, tienen obligación de hacer frente a su abono con arreglo a la cuota de participación, ni puede compararse tampoco con los que menciona de forma expresa, y si con aquellos vinculados al progreso o puesta al día de la Comunidad y con la mejor utilidad y servicio de los comuneros. Una piscina es algo excepcional en una comunidad de vecinos, máxime si esta es de reciente construcción y pudo haberse dotado inicialmente del servicio, por lo que su instalación requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios en cuanto implica una alteración del Título constitutivo; consentimiento que al no haberse logrado determina la nulidad del acuerdo".*

Por lo tanto aplicando la doctrina al caso que nos ocupa, procede estimar la demanda planteada declarandose la nulidad del acuerdo tercero de la junta general extraordinaria, celebrada el día 14 de mayo de 2008, aprobado por la Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000 , al requerir unanimidad, no pudiéndose llevar a cabo la construcción de la pista de padel.

TERCERO.- Expuesto lo anterior esta Sala es consciente de que existe jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión, inclinándose por lo dispuesto por el Tribunal Supremo, por lo que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC , no habrá pronunciamiento expreso sobre las costas procesales originada en ambas instancias.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS



Que estimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de D. Simón y D^a. Carina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Malaga, debemos revocar y revocamos la citada resolución y en su lugar dictar otra por la que:

1) Estimando la demanda planteada por la representación procesal de D. Simón y D^a. Carina , debemos declarar la nulidad del acuerdo tercero de la junta general extraordinaria, celebrada el día 14 de mayo de 2008, aprobado por la Comunidad de Propietarios Residencial DIRECCION000 , al requerir unanimidad, no pudiéndose llevar a cabo la construcción de la pista de padel.

2) Todo ello sin hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales originadas en ambas instancias.

3) Acordándose la devolución del depósito constituido para recurrir.

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.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ