

Roj: **STS 6726/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6726**Id Cendoj: **28079110012008101140**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/12/2008**Nº de Recurso: **880/2004**Nº de Resolución: **1181/2008**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación interpuesto por don Roberto y doña Ariadna, representados por la Procuradora doña María José Bueno Ramírez, contra la sentencia dictada, en fecha 30 de enero de 2004, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el rollo de apelación 2289/03, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el nº 323/02 ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Eibar.

Ha sido parte recurrida la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000" del ayuntamiento de Motrico, representada por la Procuradora doña M^a Leocadia García Cornejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña M^a Jesús Ronda García, en nombre y representación de don Roberto y doña Ariadna, en su condición de representantes legales de don Jaime y doña María Angeles, promovió demanda de juicio ordinario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Eibar, contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000 DE MUTRIKU", en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "(...) Dicte sentencia en la que estimando íntegramente la demanda, declare haber lugar a la impugnación instada y anule los acuerdos impugnados de las Juntas reseñadas de 25/3/2002, 1/7/2002 y 30/09/2002, declarando no haber lugar a la constitución de servidumbre sobre el local de planta baja propiedad de don Jaime, y no haber lugar a la obligación de los locales de planta baja de la casa nº NUM000 de la PLAZA000 de Mutriku de contribuir a los gastos de instalación ni a los gastos de reparación, mantenimiento, conservación y consumo del servicio de **ascensor** a instalar dicho inmueble, todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Carlos Moreno Ortueta, en nombre y representación de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000 DE MUTRIKU", se opuso a la misma, y, formuló a su vez demanda reconvenzional, suplicando al Juzgado: "(...) se dicte sentencia por la que: A.- Estableciendo que es ajustado a Derecho el acuerdo de la Junta de Propietarios de fecha 30 de septiembre del 2002 sobre instalación de un **ascensor**, obligando a don Jaime a pagar los gastos de instalación del **ascensor** conforme a su cuota de participación en el inmueble e imponiendo la servidumbre requerida para ello en la lonja propiedad de don Jaime, conforme al Proyecto elaborado por el Arquitecto don Miguel, determine el importe de la indemnización a abonar a dicha propiedad por parte de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000" del ayuntamiento de Motrico".

3º.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña M^a Jesús Ronda García, en la representación acreditada, contestó a la reconvencción, suplicando al Juzgado: "(...) Desestime en todos sus términos la demanda reconvenzional, todo ello con condena de las costas a la demandada reconviniente por todos los conceptos".



4º.- El Juzgado de Primera Instancia nº de Eibar dictó sentencia, en fecha 14 de abril de 2003 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Mª Jesús Ronda García en nombre y representación de don Roberto y doña Ariadna en su condición de representantes legales de don Jaime y doña María Angeles frente a la Comunidad de Propietarios de PLAZA000 NUM000 de Motrico en impugnación de acuerdos de Junta de propietarios y estimando la demanda reconvenional interpuesta por el Procurador don Carlos Moreno en representación de la Comunidad de propietarios de PLAZA000 NUM000 de Motrico, debo acordar y acuerdo ajustado a derecho el acuerdo de la Junta de Propietarios de fecha de 30/09/02 sobre instalación de **ascensor**, obligando a don Roberto como representante legal de don Jaime a pagar los gastos de instalación del **ascensor** conforme a su cuota de participación en el inmueble e imponiendo la servidumbre requerida para ello en la lonja propiedad de don Jaime con imposición de costas a la parte actora reconvenida".

5º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, en fecha 30 de enero de 2004 , cuyo fallo se transcribe textualmente: "Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Roberto y Ariadna , en su condición de representantes de Jaime y María Angeles contra la sentencia dictada el 14-4-2003 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Eibar en el Juicio Ordinario nº 323/02 , revocamos dicha sentencia y, en su lugar: estimamos parcialmente la demanda formulada por la referida representación procesal contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PLAZA000 , NUM000 , DE MUTRIKU", anulamos los acuerdos de las Juntas de propietarios de dicha Comunidad de 25-3-2002 y 1-7-2002 y declaramos no haber lugar a la obligación de los locales de planta baja de dicha comunidad de contribuir a los gastos de reparación, mantenimiento, conservación y consumo del servicio de **ascensor** a instalar en dicho inmueble, - estimamos la reconvenición formulada por la referida Comunidad de Propietarios contra Jaime y declaramos ajustado a derecho el acuerdo de la junta de propietarios de fecha 30-9-2002 sobre instalación de un **ascensor**, estando obligado Jaime a pagar los gastos de instalación del mismo conforme a su cuota de participación en el inmueble e imponiendo la servidumbre requerida para ello en la lonja propiedad del mismo, conforme al Proyecto elaborado por el Arquitecto Miguel , determinando en la cantidad de 10.000 euros el importe de la indemnización a abonar a dicha propiedad por parte de la Comunidad de Propietarios. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en una y otra instancia".

SEGUNDO.- 1º.- El Procurador de los Tribunales don Tomás Salvador Palacios en nombre y representación de don Roberto y doña Ariadna presentó, en fecha 30 de marzo de 2004, escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, en fecha 30 de enero de 2004, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián en el rollo de apelación 2289/03 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el nº 323/02 ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Eibar.

2º.- Motivo del recurso de casación. Con cobertura en el artículo 477.2º, nº 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : Único.- Por infracción, en concepto de vulneración o errónea aplicación del artículo 17.1, párrafo 3º , en relación con el artículo 9.1c) de la Ley 8/99, de 6 de abril , de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal , y, terminó suplicando a la Sala: "(...) Dicte sentencia estimándolo, casando la sentencia recurrida y, recuperando la instancia, estimando íntegramente la demanda formulada por esta parte contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000 DE MUTRIKU", con los pronunciamientos a que haya lugar en Derecho, y sin hacer declaración especial respecto de las costas del presente recurso".

3º.- Mediante Providencia de fecha 15 de abril de 2004, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a las partes personadas en el rollo de apelación el 16 de abril siguiente.

4º.- Recibidas las actuaciones y formado el presente rollo, la Procuradora doña María José Bueno Ramírez en nombre y representación de don Roberto y doña Ariadna presentó escrito, con fecha 13 de mayo de 2005 compareciendo ante esta Sala como parte recurrente. La Procuradora de los Tribunales doña Mª. Leocadia García Cornejo en nombre y representación de "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Nº NUM000 DE LA PLAZA000 DE MUTRIKU" presentó en fecha 14 de mayo de 2004 escrito ante esta Sala compareciendo en concepto de parte recurrida.

5º.- La Sala dictó auto de fecha 20 de noviembre de 2007 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Roberto y doña Ariadna contra la sentencia dictada, con fecha 30 de enero de 2004, por la Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2ª) en el rollo de apelación 2289/03 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 323/02 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Eibar. 2.- Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".



TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña María Leocadía García Cornejo, en nombre y representación de "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS N° NUM000 DE LA PLAZA000 " del ayuntamiento de Motrico, formuló, mediante escrito de fecha 8 de enero de 2008, oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala, que se dicte sentencia desestimando las pretensiones de los recurrentes, confirmando la sentencia recurrida y condenando a los recurrentes al pago de las costas del presente recurso".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 26 de noviembre de 2008 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Roberto y doña Ariadna , en su condición de representantes legales de don Jaime y doña María Angeles , demandaron por los trámites del juicio ordinario a la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CASA NÚMERO NUM000 DE LA PLAZA000 " del municipio de Motrico, e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, a lo que la demandada se opuso, y, además, reconvino con las peticiones que allí quedan expuestas.

La cuestión litigiosa queda centrada en casación en la determinación de la mayoría exigible para el acuerdo de la Junta de Propietarios de la Comunidad actora respecto a la imposición de una servidumbre al fin de la creación de un servicio común de interés general, cual es el de un **ascensor** en un edificio en que residen once minusválidos.

El Juzgado rechazó la demanda y acogió la reconvenición, y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de estimar la demanda con la anulación de los acuerdos de las Juntas de Propietarios de la Comunidad demandada de 25 de marzo de 2002 y 1 de julio de 2002 y la declaración de no haber lugar a la obligación de los locales de la planta baja de contribuir a los gastos de reparación, mantenimiento, conservación y consumo del servicio de **ascensor** a instalar en el inmueble, y, asimismo, de estimar la reconvenición formulada por la referida Comunidad de Propietarios contra don Jaime con la manifestación de ser ajustado a derecho el acuerdo de la Junta de Propietarios de 30 de septiembre de 2002 sobre instalación de un **ascensor**, con la incumbencia del mismo a pagar los gastos correspondientes conforme a su cuota de participación en el inmueble e imposición de la servidumbre requerida para ello en la lonja de su propiedad, conforme al Proyecto elaborado por el Arquitecto don Miguel , para fijar en la cantidad de 10.000 euros el importe de la indemnización a abonar por la Comunidad de Propietarios a dicha propiedad.

Don Roberto y doña Ariadna formularon recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que fue admitido por auto de esta Sala de 20 de noviembre de 2007 .

SEGUNDO.- El único motivo del recurso acusa la infracción o errónea aplicación del artículo 17.1, párrafo 3º , en relación con el artículo 9.1 c) de la Ley 8/1999, de 6 de abril , de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal ; se manifiesta por la parte recurrente que la sentencia recurrida argumenta la desestimación del motivo del recurso de apelación, consistente en la inexistencia de la mayoría legalmente exigible, en base a la remisión genérica del artículo 9.1 c) al artículo 17 en su globalidad al encaje o encuadramiento del servicio de **ascensor** como servicio común de interés general y dirigido a la supresión de barreras arquitectónicas, sin embargo, debe distinguirse entre la mayoría necesaria requerida para la imposición de una servidumbre forzosa a las mayorías establecidas en el artículo 17 , que permitan la modificación del título constitutivo para el establecimiento o supresión de servicios comunes, o la realización de obras que tengan por finalidad la supresión de "barreras arquitectónicas"; se señala que la norma determinante de la obligación de permitir la imposición de servidumbre en una parte privativa es el artículo 9.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal y que, concretamente, el párrafo tercero de la regla 1ª del artículo 17 establece un régimen de mayoría inferior al previsto en el párrafo 2º , pero no deben confundirse ambos supuestos, dado que son jurídicamente diferentes; se indica que, sin perjuicio de que podría debatirse la idoneidad o procedencia de equiparar la instalación del servicio de **ascensor** con la eliminación de "barreras arquitectónicas" no cabe olvidar que el supuesto contemplado en el párrafo 2º es específico respecto al recogido en el párrafo 3º, y no es posible eludir la aplicación del sistema legal especial para la instalación del servicio de **ascensor** con la aplicación de un régimen de mayorías más benigno y singularmente diseñado sólo para la supresión de "barreras arquitectónicas"; se aduce que, no obstante, pese a tratarse de una temática controvertida que ha sido objeto de pronunciamientos dispares por las Audiencias Provinciales al resolver la aplicabilidad de los párrafos 2º y 3º para determinar el "quórum" necesario para la válida adopción de un acuerdo de instalación del servicio de **ascensor**, la cuestión objeto de recurso de casación no incide en la mayoría necesaria para la instalación del **ascensor**, sino en la precisa para la imposición de una servidumbre;



se manifiesta que, sobre esta materia existe tal y como recoge la propia sentencia recurrida cierta doctrina y jurisprudencia menor que considera inaplicable la figura de la servidumbre en los supuestos de ocupación definitiva de parte privativa para instalar el servicio de **ascensor** por tratarse de una privación del derecho de propiedad; se insiste en que, en cualquier caso, el motivo se centra en la mayoría exigible para la válida adopción del acuerdo de imposición de servidumbre para la creación de un servicio común de interés general.

El motivo se desestima.

Por lo que hace mención a la instalación de un **ascensor** en el edificio comunitario, amén del derecho de que gozan para ello los minusválidos según lo dispuesto en la Ley 15/1995, sin olvidar que esta cualificación la tienen quienes hayan cumplido setenta años de edad en virtud del artículo 1.3 de la referida Ley, dicha cuestión ha sido objeto del artículo 17.1ª, párrafo 2º, en virtud de la Ley 8/1999, a fin de que se pueda acordar, con las obligaciones de todos los comuneros de participación y pago, cuando se alcance el "quórum" determinado en ese precepto, lo que no ha ocurrido en el caso debatido.

En la actualidad, las normas sobre la construcción exigen la presencia del **ascensor** cuando en un edificio se elevan tres o más plantas, cuyo presupuesto viene también requerido por el mercado inmobiliario, y con referencia a fincas antiguas, aparte de satisfacer las referidas necesidades de personas minusválidas, es un elemento esencial para la utilización de un edificio, que redundará en beneficio, sin excepción, de los propietarios de un inmueble, no sólo a los efectos de las mentadas atenciones y del bienestar material, sino también porque incrementa el valor de los pisos o apartamentos y revaloriza la finca en su conjunto, y resultaría abusivo que la contribución a su pago no tuviera que ser asumida por todos los condueños.

Con la reforma introducida mediante la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal a las personas con discapacidad, se ha incluido una referencia con los artículos 10 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la única diferencia de que en estos preceptos se menciona la "accesibilidad" y en el artículo 17.1ª, párrafo 3º, se hace referencia a la "supresión de barreras arquitectónicas".

Sobre la normativa a favor de los minusválidos, desde la perspectiva del artículo 11, la Ley de Propiedad Horizontal la ha introducido en el artículo 17, 1ª, párrafo 3º, con la precisión de que no se trata de una mayoría simple, sino que ha de alcanzarse el acuerdo mayoritario sobre el total de los propietarios y de las cuotas de participación; cuando esto se consigue, todos están obligados a pagar, como determinan las SSAP de Murcia de 19 de abril de 2001 y Valencia de 11 de marzo de 2002; en efecto, el acuerdo obliga a todos los comuneros, tanto a los que hayan votado favorablemente, como a los que han disentido, y eso supone que deben permitir que se lleve a efecto y abonar lo que corresponda, sin perjuicio de la impugnación judicial si concurren las circunstancias del artículo 18 de la Ley.

Respecto a la posibilidad de instalación del **ascensor** con la utilización del concepto de "supresión de barreras arquitectónicas", se han dictado varias sentencias por las Audiencias Provinciales, entre las que se encuentran las de Madrid, de 19 de febrero de 2002; Asturias, de 26 de febrero de 2002; Valencia, de 11 de marzo y 14 de septiembre de 2002; sin que otras resoluciones se pronunciaran en sentido negativo, salvo cuando se demuestre la incompatibilidad con la configuración del edificio (SAP de Málaga, de 8 de mayo de 2002), o se necesite la autorización del propietario afectado (SAP de Asturias, de 15 de abril de 2002).

En el caso que nos ocupa, se considera acreditada la existencia de once vecinos del edificio comunitario con alguna minusvalía, cuyo hecho no se ha discutido en el recurso.

Por lo que hace mención a la constitución de una nueva servidumbre, a tenor del artículo 17 será suficiente la simple mayoría, para la supresión de las "barreras arquitectónicas", que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía; esta regla permite a la Comunidad imponer esa servidumbre para la creación de servicios de interés general y cuando el acuerdo de la Junta reúna los presupuestos legales, con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios.

El local del actor tiene 264,47 metros cuadrados y la ocupación necesaria del **ascensor** sería de la superficie de 3,07 metros cuadrados, lo que no ocasionaría un perjuicio irreparable al local, ni al negocio de bar instalado en el mismo; desde el valor de tasación incluido en los informes técnicos integrados en las actuaciones, la sentencia recurrida ha fijado prudencialmente en la cantidad de 10.000 euros los daños y perjuicios derivados de la servidumbre, lo que es aceptado por esta Sala.

TERCERO.- Por consiguiente, procede la desestimación del recurso de casación, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo, porque la cuestión resuelta presentaba serias dudas de derecho al tiempo de su interposición (artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

**FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Roberto y doña Ariadna en la condición de representantes legales de don Jaime y doña María Angeles , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en fecha de treinta de enero de dos mil cuatro . No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . ROMÁN GARCÍA VARELA; JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA; IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO