



Roj: **STS 854/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:854**

Id Cendoj: **28079110012020100162**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **8/2017**

Nº de Resolución: **163/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 163/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 8/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/10/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizkaia (3ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 8/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 163/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.



Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 11 de octubre de 2016, por la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 319/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 519/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Getxo, cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Otilia, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María Mar Martínez Bueno, bajo la dirección letrada de don José Ignacio Folgueira Barja; siendo parte recurrida la Comunidad Propietarios c/ DIRECCION000 NUM000 Getxo, representada por la procuradora de los Tribunales doña Almudena Galán González, bajo la dirección letrada de don Alfredo Ortega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de doña Otilia, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios de la casa señalada con el número NUM000 de la calle DIRECCION000 de Algorta, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara:

"(1) Se declare la nulidad de pleno derecho o la nulidad del acuerdo identificado como número "1.º" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2.013 por el que se acuerda incluir dentro del concepto de "gastos generales" la cantidad de "5.353, 20" euros correspondiente a los gastos judiciales ("gastos abogado/procurador") devengados por la representación y defensa de la Comunidad de Propietarios en procesos judiciales que han enfrentado ésta con la actora y su marido; se declare que éstos no resultan obligados a contribuir al sostenimiento de dichos gastos judiciales y, en su consecuencia, se condene a la Comunidad de Propietarios, para el caso de que durante la pendencia de este proceso se llegaran a cobrar dichos gastos, a realizar los reintegros correspondientes a favor de la propietaria actora y, para el caso en que no se llegara verificar dicho cobro, a realizar las liquidaciones complementarias que correspondan en orden a excluir a la actora y a su marido de la obligación de pago de dichos gastos.

"(2) Se declare la nulidad de pleno derecho o la nulidad del acuerdo identificado como punto "1" del apartado "2.º" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2.013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a aplicar, en orden a determinar la obligación de la actora y su marido de contribuir a los gastos generales, la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal; se declare que éstos únicamente resultan obligados a contribuir al sostenimiento de dichos gastos con arreglo a la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignada en el mismo título y, en su consecuencia, se condene a la Comunidad de Propietarios demandada a girar al cobro los gastos generales imputables a las fincas propiedad de los mismos, de acuerdo con la proporción declarada, en el número de cuenta designado al efecto.

"(3) Se declare la nulidad de pleno derecho o la nulidad del acuerdo identificado como punto "2" del apartado "2.º" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2.013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a reclamar a la propietaria doña María Antonieta el pago de los gastos generales en proporción a la cuota de participación que su vivienda tiene asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal; se declare que la nombrada propietaria resulta obligada a contribuir al sostenimiento de dichos gastos con arreglo a la cuota de participación que la vivienda de su propiedad tiene asignada en el mismo título y, en su consecuencia, se condene a la Comunidad de Propietarios demandada a girar al cobro los gastos generales imputables a la vivienda de su propiedad, de acuerdo con la proporción declarada, en el número de cuenta designado al efecto.

"(4) Se condene a la Comunidad de Propietarios demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y condenas y, en su consecuencia, se le condene a realizar las liquidaciones a que haya lugar entre los ingresos realizados hasta la fecha de presentación de este escrito y los que se realicen con posterioridad a esa misma fecha por la propietaria actora y los gastos imputables a las fincas de su propiedad y, en su caso, a reintegrar a la propietaria actora los saldos acreedores que resulten a favor de la misma como consecuencia de la realización de las citadas liquidaciones.

"(5) Se declare la nulidad de pleno derecho o la nulidad del acuerdo identificado como punto "3" del apartado "2.º", en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2.013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a obtener y entregar a la propietaria actora y a su marido (a costa de éstos) dos copias del mando de la verja situada en el terreno libre de edificación de la finca; se declare que la nombrada propietaria y su marido tienen derecho a obtener copias de dicho mando y, en su consecuencia, se condene a la Comunidad de Propietarios demandada a entregar dos copias de dicho mandó



a la propietaria actora y a su marido a su costa o, alternativamente, ofrecer a éstos la información y/o la documentación necesarias y suficientes para su obtención.

"(6) Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas, no sólo bajo el criterio de vencimiento ,objetivo, sino, además, bajo el criterio de la temeridad en el ejercicio de sus derechos".

1.-2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

"...desestime íntegramente la demanda interpuesta con expresa condena en costas."

1.-3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Getxo, dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Óscar Muñoz Media, en nombre y representación de D.ª Otilia contra la comunidad de Propietarios del n.º NUM000 de la calle DIRECCION000 de Getxo, sin imposición de costas a la parte actora.

"En consecuencia declaro la nulidad de los acuerdos siguientes:

"1. Acuerdo identificado como número "1" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinario de fecha 11 de diciembre de 2013 por el que se acuerda incluir dentro del concepto de "gastos generales" la cantidad de "5.353,20" euros correspondiente a los gastos judiciales ("gastos abogado/procurador") devengados por la representación y defensa de la Comunidad de Propietarios en procesos judiciales que han enfrentado ésta con la actora y su marido en el sentido de que tales personas no resulten obligadas a contribuir al sostenimiento de dichos gastos judiciales.

"2. Del acuerdo identificado como punto "1" del apartado "2.º" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a aplicar, en orden a determinar la obligación de la actora y su marido de contribuir a los gastos generales, la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal.

"Finalmente, se condena a la Comunidad de Propietarios del n.º NUM000 de la calle DIRECCION000 de Getxo a:

"1. Estar y pasar por los anteriores pronunciamientos;

"2. A reintegrar a la actora, en caso de que durante la pendencia de este proceso se llegaran a cobrar los gastos judiciales referidos en el acuerdo que ha sido objeto de declaración de nulidad o, caso de no haberse cobrado a realizar las liquidaciones complementarias que correspondan en orden a excluir a la actora y a su marido de la obligación de pago de dichos gastos.

"3. A girar al cobro los gastos generales imputables a las fincas propiedad de la actora de acuerdo con la proporción correspondiente al título constitutivo en el número de cuenta designado al efecto".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia con fecha 11 de octubre de 2016, cuyo Fallo es como sigue:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la calle DIRECCION000 n.º NUM000 de Getxo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Getxo en autos de procedimiento ordinario n.º 519/14 de fecha 5 de abril de 2016 y de que este rollo dimana y debemos revocar como revocamos parcialmente dicha resolución en orden a mantener la validez del acuerdo identificado como punto "1" del apartado "2" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a aplicar, en orden a determinar la obligación de la actora y su marido de contribuir a los gastos generales, la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la referida sentencia, todo ello sin expresada declaración en cuanto a las costas de esta alzada".

Por auto de fecha 16 de noviembre de 2016, se aclaró la sentencia, cuya parte dispositiva dice:

"La Sala dispone: Desestimar la pretensión de complementación instada por la representación de D.ª Otilia y Estimar procedente la complementación solicitada por la representación de la Comunidad de Propietarios del número NUM000 calle DIRECCION000 de Getxo respecto del fallo de la sentencia de esta Sala de fecha 11 de



octubre de 2016, recaída en el Rollo de apelación n.º 319/16 dimanante de procedimiento ordinario n.º 519/14, en el sentido de complementar el mismo revocando la sentencia de instancia no solo en cuanto a mantener la validez del acuerdo identificado como punto "1" del apartado "2" en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a aplicar, en orden a determinar la obligación de la actora y su marido de contribuir a los gastos generales, la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, sino así mismo la validez del acuerdo identificado como punto "2" del apartado "2.º" del acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2013 por el que la Comunidad de Propietarios demandada se niega a girar a la propietaria doña María Antonieta el pago de los gastos generales en proporción a la cuota de participación que su vivienda tiene asignada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. Así como declarar no procede la condena a la Comunidad de Propietarios del n.º NUM000 de la calle DIRECCION000 de Getxo a: 3. A girar al cobro los gastos generales imputables a las fincas propiedad de la actora de acuerdo con la proporción correspondiente al título constitutivo en el número de cuenta designado al efecto, manteniendo el resto de los pronunciamientos, todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada por mor de esta resolución".

TERCERO.- El procurador don Óscar Muñoz Media, en nombre y representación de doña Otilia, formuló recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El primero de dichos recursos no fue admitido, siéndolo el segundo que se formula por los siguientes motivos:

- 1.- Al amparo del artículo 477.1.3.º LEC por infracción de los artículos 3, 5, 15 II y 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la doctrina de esta sala.
- 2.- Al amparo del artículo 477.1.3.º LEC, por infracción de los artículos 3 B, 5, 9.1 E) y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la doctrina de esta sala.
- 3.- Al amparo del artículo 477.1.3.º LEC, por infracción de los artículo 5, 9.1 E) y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la doctrina de esta sala.
- 4.- Al amparo del artículo 477.1.3.º LEC, por infracción de los artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con la doctrina de esta sala.

CUARTO.- Se dictó auto de fecha 12 de junio de 2019 por el que se acordó la admisión del recurso de casación y la inadmisión del formulado por infracción procesal, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, Comunidad de Propietarios de la Calle DIRECCION000, n.º NUM000, de Algorta, Getxo, que se opuso a su estimación mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña Almudena Galán González.

QUINTO.- No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre, habiendo continuado en distintas sesiones, que quedaron interrumpidas por baja de enfermedad del magistrado ponente don Eduardo Baena Ruiz que, finalmente, no se conformó con el voto de la mayoría y formula voto particular. Ha asumido la ponencia el magistrado don Antonio Salas Carceller.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Otilia formuló demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios de la Calle DIRECCION000, n.º NUM000, de Algorta, Getxo, interesando que se declarara la nulidad de varios acuerdos de la Junta General Ordinaria de 11 de diciembre de 2013, entre otros extremos -que no afectan al presente recurso- respecto del acuerdo identificado como punto 1 del apartado 2.º en el acta de junta, por el que la comunidad se niega a aplicar la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignadas en el título constitutivo de propiedad horizontal respecto de su contribución al sostenimiento de los gastos generales, así como el acuerdo identificado como punto 2 del apartado 2.º por el que la comunidad se niega a exigir a la propietaria doña María Antonieta el pago de los gastos generales en cuanto a la cuota de participación asignada en el título constitutivo. Se solicita que se condene a la comunidad a estar y pasar por estos pronunciamientos así como a reintegrar las cantidades que se llegaran a cobrar, y a girar el cobro de los gastos conforme a lo dispuesto en el título constitutivo.

La parte demandada se opuso y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia estimó la demanda en lo que se refiere a los acuerdos citados. La parte demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, fundamentándose en que, en el año 1977, se acordó fijar unas cuotas diferentes a las contenidas en el título constitutivo, situación que fue aceptada por todos los comuneros, sin que tal acuerdo fuera objeto de impugnación ni los acuerdos posteriores que recogen tales cuotas de participación. Afirma la sentencia que la actora se encuentra al corriente del pago de las deudas vencidas, al momento de interposición de la demanda y ahora dicha demandante es la que pretende que se vuelvan a aplicar las cuotas establecidas en el título constitutivo, siendo perfectamente válida la postura de la comunidad en orden a que se decida



por el voto de la mayoría simple, al constituir -la vuelta a la aplicación de los porcentajes previstos en el título constitutivo- una novación de la voluntad convencional manifestada en la Junta del año 1977, ya que la situación se mantiene de forma tácita a lo largo de más de treinta y cinco años. La parte demandante ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, habiéndose admitido únicamente este último.

SEGUNDO.- El motivo segundo del recurso de casación es el que aborda de modo directo el problema jurídico que se plantea en el proceso y, por tal razón, se examina en primer lugar. Se denuncia mediante el mismo la infracción de los artículos 3 b, 5, 9.1 e) y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la vulneración de la doctrina de esta sala relativa a la obligatoriedad de aplicar el sistema legal de distribución de gastos comunes conforme a la cuota de participación fijada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, cuando algún propietario se opusiere o impugnare el acuerdo de mantenimiento de distribución de gastos diferente al sistema de distribución legal según cuotas de participación fijadas en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal; doctrina que se contiene, entre otras, en las sentencias de 2 de febrero de 1991, 16 de noviembre de 2004, 22 de mayo de 2008 y de 6 de febrero de 2014.

Como claramente establece la sentencia de esta sala núm. 1094/2004, de 16 noviembre, que se cita en el motivo, "el hecho de que durante siete u ocho años no hayan sido impugnadas las cuentas realizadas por la administración de la Comunidad conforme a un sistema igualitario, en modo alguno significa que haya existido un acuerdo inequívoco de los copropietarios dirigido a modificar los estatutos que, como acto propio, sería vinculante para todos los que lo hubiesen adoptado".

El interés casacional de la cuestión suscitada va incluso más allá de las cuestiones que se plantean en las sentencias que se citan y de si la situación de hecho creada ha perdurado durante más o menos tiempo, pues supone la necesidad de resolver sobre si es o no posible la modificación tácita del título constitutivo como refiere la sentencia recurrida por el transcurso de determinado tiempo tras una modificación del mismo que no ha respetado los requisitos legales.

Es cierto que los propietarios, en un momento concreto, pueden aceptar -por determinadas razones- que la participación en los gastos comunes se produzca de modo distinto al establecido en el título constitutivo, al margen de los cauces previstos en la ley. Pero un acuerdo de modificación del título constitutivo requiere la inserción de la propuesta de modificación como punto del orden del día, la oportuna discusión sobre ello y la concurrencia de unanimidad para dicha modificación, que habría de llevarse al registro de la propiedad para que pudiera vincular a terceros que pasen a formar parte de la comunidad con posterioridad al acuerdo, como ocurre con la recurrente. No es esta la situación que se da en el caso ya que no existe ese acuerdo que concretamente establezca, con cumplimiento de las exigencias legales, las nuevas cuotas de participación. De ese modo, en todo momento cualquiera de los propietarios puede exigir que se le aplique el porcentaje de participación previsto en el título para la distribución de los gastos sin que la comunidad pueda negarse a ello.

En consecuencia el motivo ha de ser estimado, lo que lleva consigo que no resulte necesario examinar los motivos primero y cuarto, que se refieren a la misma cuestión.

TERCERO.- El motivo tercero se formula por infracción de los artículos 5, 9.1 E) y 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la vulneración de la doctrina de esta sala relativa a que la exención a favor de algún propietario de su obligación de participación en los gastos comunes del modo previsto en los estatutos o en el título constitutivo requiere de su aprobación unánime en la junta de propietarios, contenida, entre otras, en las sentencias de esta sala de 26 de febrero de 2013, 20 de febrero de 2012 y 8 de noviembre de 2011.

Se impugnó en la demanda el acuerdo comunitario referido a la negación de exigir a doña María Antonieta el pago de la cuota correspondiente en relación con los gastos comunes según el título constitutivo de la propiedad horizontal. No consta que la comunidad de propietarios haya autorizado la modificación de cuotas por división o cambio de destino de determinados elementos privativos. En tal caso la comunidad ha de exigir el pago de cuotas en la forma prevista en el título constitutivo inscrito en el registro de la propiedad, aplicando los porcentajes correspondientes a los elementos de la propiedad horizontal obrantes en los folios registrales, de modo que cualquier actuación unilateral por parte de un propietario no puede suponer la aplicación o división de cuotas, que afectan a un determinado elemento, al margen de lo que aparece en el registro. Por lo que, en cuanto a ello, no puede estimarse el motivo de que se trata.

No consta que en el Registro de la Propiedad aparezca la Sra. María Antonieta como titular de un concreto elemento privativo, al que corresponda una cuota determinada de participación en los gastos. Si así fuera, evidentemente la comunidad estaría obligada a girarle los recibos correspondientes conforme a dicha participación, pero -no siendo así- tal obligación no existe pues, como se ha reiterado, la distribución de gastos comunes se ha de hacer conforme al título constitutivo.



CUARTO.- Lo anterior determina la estimación parcial del recurso de casación, lo que da lugar a que no se impongan las costas causadas por el mismo y a la devolución del depósito constituido (artículos 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Otilia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3.ª) en Rollo de Apelación n.º 319/2016, con fecha 11 de octubre de 2016 complementada por auto de 16 de diciembre siguiente.

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida a efectos de declarar la nulidad del acuerdo identificado como punto 1 del apartado 2, en el acta correspondiente a la Junta General Ordinaria de 11 de diciembre de 2013, por el que la Comunidad de Propietarios se niega a aplicar a la demandante la cuota de participación que las fincas de su propiedad tienen asignadas en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, manteniendo el resto de sus pronunciamientos

3.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, al amparo de lo previsto en los arts. 206 y 260 de la LOPJ, 203 y 205 de la LEC.

Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la sala, acepto la anterior sentencia en todo aquello que no se oponga a lo que sostengo en este voto particular.

En esencia, y lo desarrollaré a continuación, discrepo en el sentido de que el acuerdo del año 1977, no impugnado y consentido durante 35 años, no fue coyuntural sino con vocación de futuro, lo que conlleva las consecuencias que se expondrán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, estimó el recurso de apelación respecto a los acuerdos ahora relevantes, y mantuvo la validez de los mismos.

Motiva su decisión con los siguientes argumentos:

"(i) Acepta, en esencia, todo el iter que, en relación con la cuestión objeto del debate, recoge la sentencia de primera instancia.

(ii) Resalta que, como la propia sentencia del juzgado reconoce, no consta ninguna impugnación por parte del Sr. Fulgencio ni al acta de 28 de junio de 1977 ni a las posteriores, a salvo su oposición expresada en la Junta de 11/06/82, pero sin que conste impugnación de la misma.

Así mismo que, como también reconoce la sentencia de la primera instancia, el coeficiente 9,22% continuó aplicándose por parte de la Comunidad de Propietarios a los efectos de computar, tanto la participación del Sr. Fulgencio -y posteriormente la del Sr. Germán - en cuanto a los *quorums* y mayorías, como en cuanto a lo relativo a la participación en los gastos.

Esa ausencia de impugnación de Juntas posteriores por los actuales titulares, a pesar de constar los porcentajes debatidos, también la tiene por acreditada la sentencia de la Audiencia.

(iii) Con tales antecedentes concluye, como *ratio decidendi*, que "pese a ello la sentencia de instancia parte de la normativa de la LPH y la jurisprudencia al respecto que exige la unanimidad para la modificación de las cuotas de participación fijadas en el título constitutivo, sin embargo en este caso como la propia sentencia reconoce



en 1977 se acordó fijar unas cuotas diferentes a las contenidas en el título constitutivo, situación aceptada por todos los comuneros, no solo por no constar que tal acuerdo comunitario fuese objeto de impugnación, sino ni los posteriores que recogen tales cuotas de participación, de hecho la actora se encuentra al corriente del pago de deudas vencidas al momento de interposición de la demanda. Por tanto, la doctrina del TS que cita la parte apelante es perfectamente aplicable, de forma tácita la comunidad durante años aceptó un sistema de contribución a los gastos distinto del previsto en el título constitutivo al no haber constancia registral de que se acordase un acuerdo explícito de modificación en tal sentido. En el caso de autos es la parte actora la que pese a ello pretende se vuelva a aplicar las cuotas establecidas en el título constitutivo y la oposición de la Comunidad a adoptar tal acuerdo conforme a la doctrina citada es perfectamente válido que se decida por el voto de la mayoría simple al constituir una novación en la voluntad convencional manifestada en la Junta del año 1977.

No es de recibo los argumentos de la contraparte en cuanto a que en la junta del año 1977 no cumpliera requisitos formales, por lo que no existe acuerdo, tampoco al no constar la votación al respecto, como en cuanto a que en todo caso ello lo sería respecto de los ejercicios 1976-1977, o en todo caso se trataría, de un acuerdo temporal, porque lo cierto es que esa situación se mantiene de forma tácitamente consentida a lo largo de más de 35 años".

SEGUNDO.- El recurso de casación se desarrolla en cuatro motivos.

Motivo primero: por infracción de los arts 3, 5, 15 II y 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la inclusión dentro de los acuerdos inexistentes o nulos de pleno derecho a los acuerdos comunitarios contrarios a la LPH, que adolecen de irregularidad insubsanables relativas a su proceso de adopción, SSTS 6 de marzo de 2000 y 21 de julio de 2013.

El motivo segundo, por infracción de los arts 3 b, 5, 9.1 e, y 17.6 LPH en relación con la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la obligatoriedad de aplicar el sistema legal de distribución de gastos comunes, conforme a la cuota de participación fijada en el título constitutivo, cuando un propietario se opusiere o impugne el acuerdo de distribución de gastos diferente al sistema de distribución de cuotas fijada en el título constitutivo; cita entre otras las SSTS 2 de febrero de 1991, 16 de noviembre de 2004, 22 de mayo de 2008 y 6 de febrero de 2014.

El motivo tercero, por infracción de los arts 5, 9.1 e) y 17.6 LPH en relación con la vulneración de la doctrina relativa a que la exención a favor de algún propietario de su obligación de participación en los gastos comunes del modo previsto en los estatutos o en el título constitutivo, requiere de su aprobación unánime: cita las SSTS 26 de febrero de 2013, 20 de febrero de 2012 y 8 de noviembre de 2011.

El motivo cuarto, por infracción del art 5 LPH y art 34 LH en relación con que el sistema de distribución de gastos comunes distinto del que aparezca descrito en el título constitutivo, no vincula a los nuevos propietarios de buena fe; cita las SSTS 25 de abril de 2013 y 29 de diciembre de 2015.

TERCERO.- Antes de entrar a conocer de los mismos, se entiende necesario, para la mejor inteligencia de mi voto particular, hacer una serie de consideraciones:

1.- El recurso de casación solo puede circunscribirse y anudarse a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y sin hacer supuesto de la cuestión, esto es, con respeto a los aspectos fácticos de la sentencia recurrida, que se consideren probados, sin perjuicio de que pueda revisarse en casación aquellas cuestiones que constituyan valoraciones jurídicas.

2.- Afirma la sentencia núm. 342/2018, de 17 de junio, que en el ámbito del art. 18.3 LPH ha sido objeto de debate la diferenciación entre acuerdos nulos, y por ende sin sujeción a plazo de impugnación, y acuerdos anulables, que sí están sometidos a plazo.

En principio, los actos contrarios a la Ley son nulos de pleno derecho, conforme al art. 6.3 CC, pero este precepto añade "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para su contravención".

Precisamente es lo que hace el art. 18. 1 a) LPH, que exige la necesidad de impugnar las posibles infracciones de la Ley o los Estatutos, pues, de no ser así, sufriría el normal desenvolvimiento de la Comunidad.

En este sentido la sala ha consolidado un cuerpo de doctrina al distinguir entre acuerdos meramente anulables, y por tanto susceptibles de sanación una vez transcurrido el plazo legal previsto para su impugnación, de aquellos que son radicalmente nulos.

En el primer grupo estarían comprendidos aquellos cuya ilegalidad tenga origen en cualquier infracción de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la Comunidad, mientras que en el segundo se incluirían los que infrinjan cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva, sin un efecto diferente para el caso de contravención,



los que sean contrarios a la moral o al orden público, o los que impliquen un fraude de ley (SSTS de 18 de abril de 2007, de 11 de octubre de 2007, de 25 de febrero de 2012, de 5 de marzo de 2014, entre otras).

Por tanto, es de sumo interés y esencial, a los efectos del recurso, diferenciar entre acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal, y los que puedan afectar a otras leyes que pudiesen calificarse como nulos (sentencias de 25 de enero de 2005).

De ahí que, en supuestos de liquidación de gastos que contravengan la Ley de Propiedad Horizontal, en concreto el art. 9.1. e), la doctrina de la sala sostiene que se exige la necesidad de su impugnación conforme al art. 18.1. a).

Si no obra así el comunero el acuerdo deviene firme, pues el acuerdo no sería contrario a una norma imperativa o prohibitiva en los términos descritos en el art. 6 CC, sino contrario a la LPH, en concreto a su art. 9.1. e).

3.- Como recoge la sala en la sentencia núm. 720/2015, de 29 de diciembre, "según el artículo 396 del Código Civil la propiedad horizontal se rige por las disposiciones especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados. Voluntad de los interesados también respetada en la Ley Especial de 21 de julio de 1960, cuyo artículo 9.º, párrafo 5.º, hoy 9.1 e) pero con el mismo contenido, fija como obligación de cada propietario "contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, o a lo especialmente establecido a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble" (STS 21 de octubre de 1988).

La sentencia de 28 de diciembre 1984 declaraba, precisamente en aras a esa voluntad de los interesados, que:

"La propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal prevé que la Ley admite que por obra de la voluntad se especifiquen completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley, de ahí que la formulación de Estatutos no resultara indispensable, si bien podrán estos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal adecuada a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones y también cabe modificar en los Estatutos el sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución, pero que puede modificarse con la observancia de los requisitos legales establecidos en la normativa del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal."

Con mayor claridad aún en relación con el sistema de reparto de gastos comunes la sentencia de 2 de marzo de 1989 sienta que:

"de la necesaria conjugación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 396 del Código Civil, art. 5.3 y 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, resulta la posibilidad de establecer en los estatutos el régimen especial sobre distribución de gastos, que puede tener por base la fijación de módulos distintos a los significados por la cuota de participación de cada piso o local en el valor total del edificio, sistema de distribución de gastos estatutarios al que habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado con observancia de los requisitos legales establecidos en el art. 16.1 LPH, toda vez que si bien esta Ley contiene normas de derecho necesario, en términos generales, ello no empece a que contenga otras modificables por la voluntad de los particulares que proclama el art. 1255 del Código Civil".

En la misma línea se pronuncia la sentencia de 2 de febrero de 1991, citada por la de 14 de diciembre de 2005, rec. 1777/1999, cuando dice:

"El sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, puede ser modificado por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de participación distinto o incluso consignar ciertas exclusiones en favor de determinados elementos privativos (pisos o locales) del edificio, así se desprende del número 5.º del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando dice que cada propietario contribuirá a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, y así lo tiene declarado esta Sala al interpretar dicho precepto -sentencias de 16 de febrero de 1971, 5 de diciembre de 1974, 27 de abril de 1976, 7 de diciembre de 1974, 27 de abril de 1976, 7 de octubre de 1978, 28 de diciembre de 1984, 2 de marzo de 1989-. A dicho sistema estatutario de distribución de gastos habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad para poder modificar las reglas contenidas en los estatutos."

Se aprecia, pues, como el título constitutivo, además de las exigencias que contienen los párrafos primero y segundo del artículo 5 LPH, puede contener las reglas estatutarias del párrafo tercero en los términos que



la jurisprudencia citada recoge respecto al reparto de gastos comunes y con los requisitos a los que hace mención a efectos de modificación.

El artículo 9. 5.º de la LPH, actualmente el 9.1 e), establece la obligación de los copropietarios de contribuir a los gastos generales de la Comunidad, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo "especialmente establecido". En un caso o en otro las exigencias de modificación son las mismas y, de ahí, que la sentencia de 19 de julio de 2000, rec. 2967/1995, recoja que:

"En el presente caso, en el título constitutivo se había especialmente establecido un sistema de distribución de todo gasto (y reparación) relativo a la calefacción, que era en proporción a los elementos instalados en cada vivienda o local. No puede una Junta de propietarios cambiar este sistema, por otro, de distribución en cada vivienda o local cambiar este sistema, por otro, de distribución según cuota de participación, por simple mayoría, por lo que la sentencia de instancia no ha infringido el artículo 9, n.º 5 de la Ley de Propiedad Horizontal sino que lo ha cumplido correctamente, como ha cumplido asimismo lo ordenado en el último párrafo del artículo 5 sobre modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal...".

4.- Respecto a los terceros afirma el último inciso del párrafo tercero del art. 5 LPH que "[...] no perjudicará a terceros (la modificación) si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad".

Ahora bien, ello será así (STS de 25 de abril de 2013) si se trata de terceros de buena fe que no han tenido conocimiento de ese acuerdo estatutario, pero esa buena fe se compadecería mal si a la fecha de su adopción o posterior ejecución hubiese estado presente el comunero que litiga y que no lo impugnó, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un tema tan cotidiano y notorio como la contribución mensual a los gastos generales de la Comunidad.

CUARTO.- A partir de tales consideraciones paso a decidir, de forma conjunta, como autoriza la sala, sobre los motivos del recurso, por la estrecha relación que tienen entre sí.

1.- Es un hecho probado que en la Junta de 28 de septiembre de 1977 se acordó fijar unas cuotas diferentes a las contenidas en el título constitutivo, así como que, con posterioridad, a pesar de las protestas verbales, no solo no hubo impugnación de los acuerdos relativos a dicha cuestión en otras Juntas, sino que se ha venido manteniendo esa situación, como consentida por todos los comuneros, a lo largo de más de 35 años.

El acuerdo en cuestión no es nulo de pleno derecho, sino anulable, según se ha expuesto.

Es cierto que la actora no pudo impugnar el acuerdo primigenio, aunque también lo es que tampoco ha impugnado los adoptados cuando ya era comunera.

Pero es que, además, no puede considerarse tercera de buena fe, por cuanto consta, de lo declarado probado, su conocimiento del acuerdo del que pretende separarse.

2.- El acuerdo por el que se modificó la cuota de contribuir a los gastos, separándose de la fijada en el título constitutivo, devino, pues, válido, por existir unanimidad sobrevenida al no ser objeto de impugnación, y vinculante para la actora por no ser tercera de buena fe, a pesar de no encontrarse inscrito en el Registro de la Propiedad.

3.- Si se parte de la decisión de la Junta en el acuerdo del año 1977, no impugnado y consentido durante 35 años, lo que sostiene la sentencia recurrida es que para dejarlo sin efecto no sería exigible la unanimidad sino que bastaría la mayoría simple.

4.- Tal acuerdo no fue coyuntural, y ello es clave, sino con vocación de futuro, por lo que la recurrente, en vez de impugnar su ejecución, lo que debe es provocar que se deje sin efecto por la Junta de Propietarios, a fin de que se apliquen las cuotas de participación fijadas en el título constitutivo para la contribución a los gastos generales, según interesa.

Será entonces cuando habrá de plantearse si para volver a lo previsto en el título constitutivo se precisa la unanimidad o basta la mayoría simple, siendo en tal supuesto cuando podría acudir a la sentencia de 7 de marzo de 2013.

QUINTO.- Sostengo que el acuerdo no es coyuntural, sino con vocación de futuro, por lo siguiente:

(i) Su génesis no obedeció a decidir sobre un concreto gasto presupuestado o sobre un singular presupuesto y ejercicio económico.

Su génesis vino motivada por entender los comuneros que lo propiciaron que los coeficientes de participación que constaban en el título constitutivo no eran los correctos.



De ahí que se estableciesen los que ahora combate la recurrente, que fueron fruto de negociaciones y periciales.

(ii) Tan es así que los coeficientes fruto de ese acuerdo, no sólo han servido de referencia para la participación de los comuneros en su contribución a los gastos generales comunitarios, sino también para conformar los *quorum* y mayorías exigidas en las celebraciones de las Juntas de Propietarios.

(iii) Finalmente, y como cierre, así se ha venido aplicando el citado acuerdo durante 35 años, síntoma claro de no ser coyuntural.

SEXTO.- Por todo lo anterior, considero que el recurso de casación debió ser desestimado.

La desestimación del recurso comportaría la imposición de costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ