

Roj: **STS 1900/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1900**Id Cendoj: **28079110012010100222**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/04/2010**Nº de Recurso: **2569/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 3225/2004,**
STS 1900/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación interpuesto por doña Socorro , representada ante esta Sala por la Procuradora doña Ana Llorens Pardo, contra la sentencia dictada en grado de apelación (rollo nº 220/04) en fecha 22 de diciembre de 2004 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el nº 808/03 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza.

Ha sido parte recurrida la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PASEO000 Nº NUM000** " de Zaragoza, representada ante esta Sala por el Procurador don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña María Belén López López, en nombre y representación de doña Socorro , promovió demanda de juicio declarativo ordinario, sobre propiedad horizontal, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza contra la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PASEO000 Nº NUM000** " de Zaragoza en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "Tenga por presentado este escrito, junto con sus copias y documentos, se sirva admitirlo y, en su mérito por impugnados los acuerdos del acta de razón en lo referido a la distribución de su gasto para con mi poderdante, y en definitiva, previos los trámites legales oportunos, se tenga por impugnados todos los acuerdos del acta de razón en el sentido dicho, por ser declarados nunca tomados al no reunir las mayorías adecuadas, unanimidad, y en todo caso ser contrarios a la Ley y Obra Nueva del edificio, beneficiosos para sólo unos comuneros y altamente perjudiciales con abuso de derecho, en contra de mi poderdante, por ende, queden sin efecto alguno, reconociéndose que la participación de mi poderdante en la contribución a la Comunidad es la de tres enteros. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la Procuradora doña Isabel Artazos Herce, en nombre y representación de la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PASEO000 Nº NUM000** " de Zaragoza se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: "(...) dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi representado, con expresa imposición de costas al actor".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza dictó sentencia, en fecha 12 de enero de 2004, cuya parte dispositiva dice literalmente: "*Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Socorro contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PASEO000 Nº NUM000 " de Zaragoza, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo contenido en el punto segundo del orden del día, adoptado en Junta General Extraordinaria, declarando que el importe de las obras a acometer en el inmueble sean sufragadas por los comuneros conforme*



a su participación por enteros, condenando a estar y pasar por esta declaración y a las costas causadas en la instancia " .

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia, en fecha 22 de diciembre de 2004 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " *Que estimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2004 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 en los autos nº 808/2003, debemos revocar y revocamos la misma y, en su lugar desestimamos la demanda interpuesta por doña Socorro contra la Comunidad sita en el PASEO000 nº NUM000 , a la que absolvemos de los pedimentos contra ella deducidos, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora*".

SEGUNDO.- 1º.- Por la representación procesal de doña Socorro , con fecha 18 de febrero de 2005, se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada, en fecha 22 de diciembre de 2004, por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo nº 220/04.

2º.- **Motivo del recurso de casación** . Bajo la cobertura del ordinal tercero del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , señala como vulnerados los artículos 17.1, 9.1.e, 3.b, 5, 10.5, 11, 12 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal y aduce la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de fechas 30 de abril de 2002, 28 de junio de 2001, 16 de noviembre de 2004 y 19 de julio de 2000 , entre otras, así como por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Termina suplicando a la Sala: "(...) dicte sentencia por la que dando lugar al recurso de casación proceda a casar y anular la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictando el Tribunal Supremo, otra nueva, que confirme en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº dos de Zaragoza, en juicio ordinario autos nº 808/2003".

3º.- Por Providencia de fecha 12 de diciembre de 2005 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes el día 13 de diciembre de 2005.

4º.- La Procuradora Dª. Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de doña Socorro , presentó escrito ante esta Sala el 21 de diciembre de 2005 , personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador don Fernando Ruíz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PASEO000 NUM000** " de Zaragoza, presentó escrito ante esta Sala el día 30 de marzo de 2006 personándose en calidad de parte recurrida.

5º.- La Sala dictó auto de fecha 24 de junio de 2008 cuya parte dispositiva dice literalmente: " 1º) **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Dª. Socorro contra la Sentencia dictada, en fecha 22 de diciembre de 2004, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 220/2004 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 808/2003, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza. 2º) **Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría** " .

TERCERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2008, el procurador don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PASEO000 NUM000** " de Zaragoza, presentó escrito de oposición al recurso de casación, suplicando a la Sala "(...) tenga por presentado el presente escrito, se sirva admitirlo y en su virtud tenga por presentado escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Socorro contra la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2004 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza , en el rollo de apelación 220/2004 dimanante de los autos de juicio ordinario del Juzgado de primera instancia nº 2 de Zaragoza, y previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia declarando no haber lugar a dicho recurso, condenando al recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 8 de abril de 2010 , en que tuvo lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por doña Socorro se formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación de acuerdos adoptados por la "**COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PASEO000 NUM000** " de Zaragoza en la Junta de 3 de junio de 2003. En concreto, impugnaba, por considerar contrario a la Ley, el acuerdo por el que la Comunidad decidió, tras aprobar la sustitución de la caldera de carbón por una de gas, que la derrama de



participación en el coste de la obra a realizar se determinase por partes iguales entre todos los copropietarios, y no de acuerdo con la cuota de participación fijada en los Estatutos de la Comunidad. Entendía la actora que la modificación de la cuota de participación en los gastos comunes exigía la unanimidad de todos los propietarios, unanimidad que no había sido alcanzada. La parte demandada se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo relativo a la distribución de la derrama, así como que el importe de las obras a acometer en el inmueble fueran sufragadas por los comuneros conforme a su participación por enteros, y ello al considerar que, por aplicación del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, la modificación de la forma de contribución a los gastos comunes prevista en el título constitutivo de la Comunidad exige la unanimidad, sin que a ello sea óbice el hecho de que en anteriores Juntas se haya aprobado una participación por partes iguales para cada anualidad, entendiéndose que se trata de una aprobación implícita, pero no de una modificación del título constitutivo. Considera, igualmente, que el hecho de que la actora anteriormente hubiera abonado los recibos con cantidades iguales para todos los propietarios supone un mero consentimiento susceptible de modificación cuando lo que se pretende es que se de cumplimiento a lo estipulado en el título de constitución de la Comunidad.

Recurrida la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto y la revocó. Considera que la distribución de los gastos que implican la realización material de un servicio no puede requerir, para su aprobación, una mayoría superior a la exigida para su establecimiento. El acuerdo de sustitución de un sistema de calefacción, en aplicación del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, exige el voto favorable de las 3/5 partes de los vecinos, circunstancia que no ha sido discutida por la parte actora. Por ello, concluye la Audiencia, la distribución de los gastos que implique el nuevo servicio no puede requerir una mayoría superior a la que exija su establecimiento.

La parte demandante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales e invoca la infracción de los artículos 17.1, 9.1.e, 3.b, 5, 10.5, 11, 12 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal.

SEGUNDO .- El interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referido por la recurrente no resulta debidamente acreditado. Si bien relaciona un nutrido número de sentencias de Audiencias Provinciales que, según refiere, mantienen un criterio contrario al expuesto por la recurrida, y, en concreto, dos de ellas emanan del mismo Tribunal (Audiencia Provincial de Guadalajara), resulta que no identifica otras dos sentencias provenientes de otra Audiencia o de la misma sección de otra Audiencia, que sigan el criterio de la recurrida. Reiteradamente esta Sala ha mantenido que para que el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales resulte válidamente acreditado debe fundarse en la existencia de un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección (así, AATS 12/01/10 en Recurso 893/2009 y 24/11/2009, en Recurso 1949/09, entre muchos otros).

TERCERO .- La parte del recurso amparada en la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 30 de abril de 2002, 28 de junio de 2001, 16 de noviembre de 2004 y 19 de julio de 2000, en la que se invoca la infracción de determinados preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, se estructura en tres motivos, que se dirigen a combatir la apreciación de la sentencia recurrida acerca de que es suficiente el acuerdo adoptado por las 3/5 partes de los comuneros para aprobar la contribución por partes iguales en los gastos generados por la instalación de un nuevo sistema de calefacción.

El primero invoca la infracción del artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, al no haber atendido la Audiencia a la necesaria unanimidad que debe ser obtenida para modificar el modo de participar en el pago de gastos comunes. El segundo se funda en la infracción del artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal, que impone a cada propietario la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos del inmueble no susceptibles de individualización. El tercero se sustenta en la vulneración de los artículos 3.b, 5, 10.5, 11, 12 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, respecto al modo de fijación de la cuota de participación, que constará en el título constitutivo de la comunidad, y que será el criterio a tener en cuenta para determinar el modo de reparto de los gastos no susceptibles de individualización, salvo que, de manera unánime, se apruebe otro sistema de participación.

CUARTO .- Los tres motivos van a ser examinados conjuntamente, pues plantean en definitiva la misma cuestión jurídica, esto es, la imposibilidad de que pueda declararse la validez de un acuerdo que modifica la forma de participación en los gastos de la Comunidad, fijada en sus Estatutos, no adoptado por unanimidad de todos los copropietarios.



En el caso que se examina, por una mayoría de 3/5 de los propietarios se aprobó la realización de unas obras, de interés general, consistentes en la sustitución de un antiguo sistema de calefacción alimentado de carbón por otro más moderno. Este acuerdo resulta válido, sin que su eficacia haya sido puesta en entredicho por la parte ahora recurrente. Pero la Audiencia considera que, como la mayoría cualificada citada es suficiente para la aprobación del gasto, la misma es igualmente capaz para establecer el modo en el que se distribuirá el importe entre los propietarios, dado que, según se indica en el Fundamento de Derecho Segundo, *"la distribución de los gastos que implique el nuevo servicio no puede requerir una mayoría superior a la que exija su establecimiento"*.

Sin embargo tal argumento debe ser rechazado. La Audiencia confunde la mayoría exigible para el establecimiento de un servicio de interés general con la necesaria unanimidad que se requiere para modificar el modo de participación en los gastos, que en el presente caso aparece fijado en los Estatutos de la Comunidad, y que atiende al coeficiente de participación. No cabe duda de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9, regla 5ª, de la Ley de Propiedad Horizontal, la primera pauta que ha de tenerse en cuenta para distribuir los gastos comunes es la referida al coeficiente o cuota de participación, y, si bien tal forma de distribución puede ser alterada (artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal), ello exige la conformidad de todos y cada uno de los propietarios, al suponer una alteración de la cuota de participación prevista en el título.

Por ello, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala sentada en las sentencias citadas por la recurrente, especialmente en las de fecha 30 de abril de 2002 y 19 de julio de 2000, pero también en otras más recientes (SSTS 3/12/2004, en recurso nº 3126/1998 y 24/01/2008 en recurso 4878/2000).

QUINTO .- Como consecuencia de lo hasta aquí razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe casarse la resolución recurrida en lo relativo a la cuestión de interés casacional, para resolver sobre el caso y declarar lo que corresponda según los términos que se hubiese producido la contradicción jurisprudencial.

Procede manifestar que para variar el modo de contribución a los gastos comunes establecida en el título constitutivo debe existir acuerdo unánime de los copropietarios, no siendo suficiente la mayoría de 3/5, por lo que debe declararse la nulidad del acuerdo contenido en el punto segundo del orden del día, adoptado en la Junta General Extraordinaria de la **"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE PASEO000 NUM000"** de Zaragoza celebrada el 3 de junio de 2003, respecto de la distribución de los gastos a acometer para el cambio del sistema de calefacción.

SEXTO .- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado el presente recurso de casación deben imponerse a la parte recurrida las costas causadas en primera instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las relativas a los recursos de apelación y casación.

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

FALLAMOS

1º.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Socorro frente a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 22 de diciembre de 2004, en el rollo de apelación nº 220/04.

2º.- Casar y anular la sentencia recurrida, y, con revocación de la misma, mantener la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Zaragoza, que estimó la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Socorro.

3º.- La declaración como doctrina jurisprudencial de que la cuota de participación en los gastos comunes establecida en el título constitutivo únicamente puede ser modificada por acuerdo unánime de los propietarios.

4º.- Imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia y no hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas en la apelación y en este recurso de casación.

5º.- 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. Roman García Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman 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.