



Roj: **STS 6680/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6680**

Id Cendoj: **28079110012012100585**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2012**

Nº de Recurso: **937/2010**

Nº de Resolución: **599/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 880/2010,**
STS 6680/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , nº NUM000 , de Madrid, representada ante esta Sala por el Procurador don Norberto Pablo Jérez Fernández, contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 26 de enero de 2010 , dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el número 480/2008 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid.

Han sido parte recurrida doña Belen y don Maximo , representados ante esta Sala por la Procuradora doña Amalia Jiménez Andosilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1º.- La Procuradora doña Belen , actuando en su propio nombre y también en nombre y representación de don Maximo , promovió demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción impugnatoria del acuerdo único adoptado en la Junta General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 2007, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid, contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: *«...dicte sentencia por la que se declare la nulidad de dicho acuerdo, así como la del acta que a ella se refiere, con expresa imposición de las costas a la demandada»* .

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Norberto Pablo Jérez Fernández, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , nº NUM000 , de Madrid, se opuso a la misma y, suplicó al Juzgado: *«...se sirva dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas del proceso a la parte actora»* .

3º.- Citadas las partes a la audiencia previa, comparecieron las mismas, ratificándose ambos litigantes en sus respectivas posiciones; recibíendose el pleito a prueba, proponiéndose por las partes las que tuvieron por conveniente, y señalándose día para la celebración del juicio, que tuvo lugar el día 12 de mayo de 2009, con el resultado reflejado en autos, quedando los autos conclusos para sentencia, tras oír a las partes en trámite de conclusiones.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid dictó sentencia, en fecha 13 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente: *«Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Belen , en nombre y representación de don Maximo , contra Comunidad de Propietarios, representado por el Procurador don Norberto Pablo Jerez Fernández, debo absolver y absuelvo*



a dicha demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra y con expresa imposición de las costas a la actora» .

5º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid dictó auto de aclaración, de fecha 2 de junio de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «Se rectifica la sentencia, de 13 de mayo de 2009 , en el sentido de que: En el encabezamiento donde dice "...como demandante don Maximo , con Procurador doña Belen , y de otra como demandado Comunidad de Propietarios, con procurador don Norberto Pablo Jerez Fernández..." debe decir "...como demandante don Maximo , con Procurador doña Belen , quien también actúa en su propio nombre como codemandante y de otra como demandado Comunidad de Propietarios CALLE000 nº NUM000 , con Procurador don Norberto Pablo Jerez Fernández. En el antecedente de hecho primero donde dice "...la Procuradora doña Belen , en nombre y representación de don Maximo ..." debe decir "...la Procuradora doña Belen , en su propio nombre y representación de don Maximo ...". En el fallo donde dice "...interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Belen , en nombre y representación de don Maximo , contra Comunidad de Propietarios, representado por la Procuradora don Norberto Pablo Jerez Fernández..." debe decir "...interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Belen , en su propio nombre y en nombre y representación de don Maximo , contra Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 , representado por el Procurador don Norberto Pablo Jerez Fernández..."» .

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, en fecha 26 de enero de 2010 , cuyo fallo dice: «La Sala, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Belen , en su propio nombre y en nombre y representación de don Maximo , contra la sentencia nº 131/2009, dictada en fecha 13 de mayo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid , y su auto de aclaración de fecha 2 de junio de 2009 , en autos de juicio ordinario nº 480/2008, acuerda revocar dicha resolución en los siguientes términos: 1.- Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Belen , en representación de don Maximo , como actor, contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, como demandada, se declara la nulidad del acuerdo relativo a "Alquiler de Portería", adoptado en Junta General Extraordinaria celebrada en fecha 19 de diciembre de 2007. 2.- Con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas en primera instancia» .

TERCERO.- 1º.- La representación procesal de la Comunidad de Propietarios de CALLE000 , nº NUM000 , de Madrid, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2010, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación nº 619/2009 , dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el nº 480/2008 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid.

2º.- Motivos del recurso de casación : 1º) Al amparo del ordinal 3º del artículo 477 en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 33 de la Constitución , 348 del Código Civil , así como existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los artículos 5 , 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , citando las SSTs de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 ; 2º) Al amparo del ordinal 3º del artículo 477 en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por la infracción del artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal y por la existencia de doctrina contradictoria dentro de las distintas Audiencias Provinciales con respecto al quorum preciso para la aprobación de acuerdos relativos al arrendamiento de viviendas de porteros, suplicando a la Sala: «...se sirva dictar sentencia por la que estime el recurso, casar la sentencia recurrida y en su lugar dictar otra más ajustada a Derecho por la que desestime íntegramente la demanda formulada por don Maximo y por doña Belen y declare la validez del acuerdo de arrendamiento de la vivienda del portero, con expresa imposición de las costas de primera instancia y del recurso de apelación a los actores apelantes» .

3º.- Mediante Providencia de 14 de mayo 2010 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de las partes.

4º.- El Procurador don Norberto Pablo Jerez Fernández, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de CALLE000 , nº NUM000 , de Madrid, presentó escrito ante esta Sala personándose en concepto de recurrente. La Procuradora doña Belen , en su propio nombre y en nombre y representación de don Maximo , presentó escrito ante esta Sala personándose en concepto de recurrida.

5º.- La parte recurrente ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

6º.- La Sala dictó auto, de fecha 11 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «1º) Admitir el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de CALLE000



, nº NUM000 , de Madrid, contra la sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima), en el rollo de apelación nº 619/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 480/2008 del Juzgado de Primera de Primera Instancia nº 56 de Madrid. 2º) Y entréguese copias 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 por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

7º.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña Belen (posteriormente sustituida por la Procuradora doña Amalia Jiménez Andosilla), en su propio nombre y representación y en la de don Maximo , formuló oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2011, suplicando a la Sala: «...en su día, previa la tramitación que legalmente corresponda, dicte sentencia no dando lugar al mismo, confirmando la impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente» .

CUARTO.- No habiendo solicitado todas las partes personadas la celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 25 de septiembre de 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Roman Garcia Varela**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Maximo y doña Belen demandaron, por los trámites del juicio ordinario, a la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, en ejercicio de acción de nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria, el día 19 de diciembre de 2007, relativo al arrendamiento de la vivienda del portero, sin su previa desafectación y sin contar con la unanimidad de los propietarios.

El Juzgado rechazó íntegramente la demanda, por entender que el acuerdo litigioso era válido al haber sido adoptado según la mayoría establecida, y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que declaró la nulidad de dicha resolución, al considerar que, en el supuesto del debate, era de aplicación el punto 1º y no el 3º, del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal y, por tanto, exigible la unanimidad en la adopción del acuerdo, ya que el piso situado en la planta NUM001 está destinado a vivienda del portero, y se encuentra afectado a un fin concreto y, si se quiere destinar a otro uso, como el de arrendamiento, es preciso su aprobación por unanimidad en Junta de Propietarios.

La demandante ha interpuesto recurso de casación, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , contra la sentencia de segunda instancia.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso acusa la infracción de los artículos 33 de la Constitución , 348 del Código Civil , 5 , 12 , y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1993 , 5 de marzo de 1998 , 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 , referente a que el dominio se presume libre de cargas y limitaciones, con base en que la sentencia impugnada sostiene que la descripción efectuada en el Título Constitutivo del cuarto o habitación ubicado en la planta NUM001 del edificio como «vivienda de portero» implica la asignación de un uso específico y, para darle otro destino, resultaría precisa la adopción de un acuerdo por unanimidad, al tratarse de una modificación de las reglas contenidas en tal Título, sin embargo esta argumentación supone una disminución de las facultades dominicales e infringe los preceptos expresamente previstos en las leyes citadas y, además, las establecidas convencionalmente, lo cual produce dos consecuencias: la primera se refiere a que la propiedad se presume libre de cargas y limitaciones; y la segunda significa que las disminuciones factibles siempre han de interpretarse restrictivamente.

El motivo se estima.

Se esgrime la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ello en relación con la infracción de los artículos 5 , 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , al entender que la mera descripción del uso o destino de un piso en el Título Constitutivo, no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, y la adopción de un acuerdo como el presente, donde se alquila la vivienda destinada al portero, no precisaría de unanimidad para ser válido.

Se trata de determinar si la descripción que se hace de la «vivienda de portero» , en el Título Constitutivo, comporta la asignación de un uso específico, como es el de servir para la residencia de aquél, por lo cual, para concederle otro uso o destino resultaría necesario la adopción del acuerdo por unanimidad, posición mantenida por la sentencia impugnada, o si, por el contrario, la simple descripción del piso de la manera indicada, sólo lo sería a efectos meramente enunciativos, sin que se limite el uso o las facultades dominicales, y sin precisar de la unanimidad los acuerdos que afecten a dicha vivienda para su validez y eficacia.



En el Título Constitutivo se dispone lo siguiente: *«Que sobre los elementos comunes del edificio entre los cuales se comprende la vivienda del portero, situada en la planta NUM001 , queda establecido el condominio indivisible que determina el artículo 396 del Código Civil »* .

Procede recordar que, a partir de la STS de 16 de julio de 1992 , respecto a la supresión o creación del servicio de portería o conserjería, se ha declarado en esta sede que no cabe obligar al mantenimiento del portero o conserje con los grandes costes actuales, con lo limitado del horario de trabajo, impeditivo de una vigilancia completa del inmueble, además de que las prestaciones pueden llevarse a cabo mediante empresas especializadas, doctrina ésta seguida según la dicción del artículo 3.1 del Código Civil , que dispone lo siguiente: *«las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»*.

Conforme con dicha doctrina, se ha mantenido en la jurisprudencia la supresión del portero, siempre seguida con la prestación de los servicios por otros medios, sólo con el acuerdo de la mayoría de la Junta de Propietarios del anterior artículo 16.3 de la Ley (en la actualidad, el artículo 17.3º).

En cuanto a este servicio se refiere, la ley de Reforma 8/1999 determina que únicamente se podrá exigir su creación o supresión a los propietarios, si se alcanza la mayoría cualificada de las tres quintas partes, tanto de los dueños en número, como de las cuotas de participación.

En este caso, la cuestión debatida se refiere al arrendamiento de la vivienda del portero, no a la supresión del servicio, pues según se precisa en la sentencia de instancia, la comunidad aceptó tácitamente la sustitución de la figura del portero por la de un conserje.

El Título Constitutivo únicamente ha anunciado el condominio indivisible de los comuneros, sin determinar limitaciones a sus derechos dominicales, ni someter la vivienda del portero a un uso específico, de manera que su alquiler no entraña desafectación, al continuar con la condición de elemento común.

En este supuesto, debe admitirse la mayoría de las tres quintas partes y, a tenor del resultado de la Junta General Extraordinaria de 19 de diciembre de 2007, donde se acordó el arrendamiento de la vivienda del portero con el voto del 87% de las cuotas de participación y la circunstancia de que el demandante sólo tiene una cuota de participación del 7,75%, lo que determina la casación de la sentencia de apelación.

TERCERO.- El motivo relativo a la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, incurre en causa de preparación defectuosa por la falta de su acreditación (artículo 483.2, 1º, inciso segundo, en relación con el artículo 479.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y el auto de 11 de enero de 2011 de esta Sala ha determinado que sólo se admite el motivo interpuesto en el recurso de casación por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Como consecuencia de lo 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, para resolver sobre el caso y declarar lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la contradicción jurisprudencial; todo lo antedicho se traduce en la confirmación de la sentencia de primera instancia, por lo que se debe desestimar la demanda, habida cuenta de que la cuestión debatida se refiere al alquiler de la vivienda del portero, no a la supresión de la misma, ya que la Comunidad aceptó tácitamente la sustitución de la figura del portero por la de un conserje, sin que el Título Constitutivo determine limitaciones a los derechos dominicales de los propietarios, ni su arrendamiento entrañe desafectación, pues continua con la condición de elemento común.

QUINTO.- En materia de costas procesales, se imponen a la parte actora las causadas en la primera instancia, sin que proceda hacer especial declaración de las de la apelación y de este recurso de casación, según lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , número NUM000 , de Madrid contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de veintiséis de enero de dos mil diez , que casamos.

Y, además, acordamos:



1º.- Ratificar en su integridad la sentencia dictada, en fecha trece de mayo de dos mil cinco, por el Juzgado de Primera Instancia número 56 de Madrid , que rechazó íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de don Maximo y doña Belen contra la referida Comunidad de Propietarios.

2º.- Reiterar como doctrina jurisprudencial que los contratos de arrendamientos de vivienda de portería requieren el acuerdo de la mayoría cualificada exigida en el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal , esto es, de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

3º.- No hacer pronunciamiento en costas por las ocasionadas en este recurso ni en el de apelación, imponiendo a la parte actora las causadas en primera instancia.

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 . **Juan Antonio Xiol Rios; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Francisco Javier Arroyo Fiestas; Francisco Javier Orduña Moreno; Roman Garcia Varela; Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Roman Garcia 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.