

Roj: **STS 1834/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1834**Id Cendoj: **28079110012013100193**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/03/2013**Nº de Recurso: **822/2010**Nº de Resolución: **183/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 65/2010,**  
**STS 1834/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 822/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana, aquí representados por el procurador D. Pedro Pérez Medina, contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 130/2009, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1447/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de la **Comunidad de Propietarios** del EDIFICIO000, sito en Málaga.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga dictó sentencia de 18 de junio de 2008 en el juicio ordinario n.º 1447/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando la demanda formulada por el procurador de los tribunales Dña. María Trinidad Fernández Labajos, en nombre y representación de la **Comunidad de Propietarios** del EDIFICIO000 de c/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Málaga, asistido por el letrado Dña. María José Canales Lara, contra Dña. Adriana y D. Jose Ángel, representados por el procurador de los tribunales Dña. Alicia Márquez García y asistidos por el letrado Dña. Adriana, debo condenar y condeno a la parte demandada a la retirada del aparato de **aire acondicionado** que tiene colocado en la fechada del edificio devolviéndola a su estado original, con imposición de las costas judiciales.

»Que desestimando la reconvenición formulada por Dña. Adriana y D. Jose Ángel, representados por el procurador de los tribunales Dña. Alicia Márquez García y asistidos por el letrado Dña. Adriana, contra la **Comunidad de Propietarios** del EDIFICIO000 de c/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Málaga, no ha lugar a declarar la nulidad interesada en la reconvenición absolviendo a la parte demandada de las pretensiones contra la misma deducidas en la demanda, con imposición de costas a la parte demandada reconviniente.»

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Con respecto a la acción ejercitada en la demanda, en base a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal y acuerdo adoptados en Junta de **propietarios**, se interesa la condena de los demandados a retirar



de la fachada de la **comunidad**, elemento común, el aparato de **aire acondicionado** que tienen instalado en la misma, pese a los requerimientos realizados por la actora.

»En esencia, la parte demandada alega la falta de indicación del lugar donde deba colocarse. Asimismo discute la descripción de la división del edificio que se realiza en demanda, que la instalación del aparato no altera la fachada y además la **comunidad** permite que otros sí instalen aparatos de **aire acondicionado** en la misma fachada y la imposibilidad técnica de colocarlos en azotea. Invoca asimismo la falta de inscripción de estatutos y por tanto la falta de que obliguen a terceros, entre los que se incluye y la aplicación de las normas en materia de propiedad horizontal con arreglo a lo dispuesto en el artículo n.º 3 del Código Civil.

»Finalmente alega que los acuerdos en que se funda la demanda no son válidos por ser nulos y contrarios a derecho, instando su nulidad, además de los acuerdos de Junta de fecha 1 de marzo de 2006.

»Segundo.- De lo actuado en el juicio se declara expresamente probado que:

1º. El título constitutivo que conforma la **Comunidad** actora se encuentra debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 4 de Málaga. En el mismo se describe la configuración del inmueble, denominado EDIFICIO000, que lo componen diez plantas.

»Reza la inscripción: "La planta baja destinada a locales; la primera a oficinas y las ocho plantas restantes a viviendas."

»Así se constata de la documental aportada por la parte demandada, cuyo contenido conocían los demandados como así reconoció en prueba de interrogatorio el codemandado Sr. Jose Ángel .

»2º.- Arquitectónicamente la descripción jurídica registral que se acaba de transcribir se hace patente según resulta de las fotografías aportadas, distinguiéndose claramente los bajos comerciales de la planta destinada a oficinas y esta del resto del edificio donde se sitúan las viviendas.

»3º.- En Junta general extraordinaria de fecha 6 de octubre de 1999 se adoptó el acuerdo por mayoría de los asistentes de no permitir la instalación en la fachada del inmueble de aparatos de **aire acondicionado**. Se esperó hasta tres meses por si alguno de los **propietarios** presentes o ausentes impugnaba el citado acuerdo, no constando en acta impugnación alguna.

»En Junta ordinaria de fecha 6 de junio de 2000 los comuneros, por unanimidad, ratifican el acta de fecha 6 de octubre de 1999 y acuerdan dar un plazo de 20 días a aquellos comuneros para que retiren sus aparatos de **aire acondicionado** y se autoriza la instalación de los mismos en la cubierta del edificio.

»No consta impugnación de dicho acuerdo, más allá de la que se ejercita en este procedimiento.

»Los **propietarios** que tenían su aparato de **aire acondicionado** en fachada los retiran bien voluntariamente bien cuando ejercitada demanda por la **Comunidad** ante los tribunales se allanan a la misma.

»3º.- Los demandados adquirieron en septiembre de 2004 la vivienda sita en planta NUM001 .ª, puerta NUM000 .ª, que se sitúa de acuerdo con la descripción registral y la realidad arquitectónica en la primera planta de la parte del edificio destinado a viviendas.

»Conocían el título constitutivo y conocían los acuerdos descritos, así se concluye de la prueba de interrogatorio y testifical del empleado de la administración de la **comunidad**.

»4º.- Los demandados comenzaron a realizar obras en el inmueble adquirido para adaptarlo a despacho profesional. No realizaron comunicación alguna a la actora de la pretensión de instalar **aire acondicionado** en fachada, ni solicitaron autorización.

»Coincidiendo en el tiempo se estaba procediendo por parte de la **Comunidad** actora trabajos de rehabilitación y reforma de la fachada y apereciéndose de que los demandados habían realizado la preinstalación del **aire acondicionado** advirtieron a los demandados de la improcedencia de su colocación ofreciéndoles la posibilidad de aprovechar el arreglo de la fachada con la retirada de los cables, petición que fue rechazada por los demandados quienes finalmente colocaron el aparato del **aire acondicionado**. Así resulta de la documental obrante.

»5º.- La parte del edificio constituida por la fachada correspondiente a las viviendas presenta pese a la antigüedad del edificio, un aspecto cuidado, uniforme y limpio, ausente de cableados exteriores, de objetos colgantes, toldos..., salvo el aparato instalado por la parte demandada, que modifica no solo la estética sino que rompe absolutamente la homogeneidad de la fachada.

»6º.- En la parte del edificio constituida por una sola planta destinado a oficinas y de diferente configuración estética del resto de viviendas existen colocados aparatos de **aire acondicionado**.



»No han quedado probados otros hechos.

»Tercero.- A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes fundamentos jurídicos. Las fachadas de un edificio y las correspondientes viviendas que la integran constituyen elemento común y su alteración requiere el consentimiento de la Junta de **propietarios** pues afecta al título constitutivo. El abrir un hueco en un muro para la instalación de un aparato de **aire acondicionado** indudablemente supone una alteración de un elemento común y además en este caso una frontal alteración de la estética del edificio, celosamente cuidada por los comuneros que se han adaptado a la voluntad unánime de mantener la fachada libre de aparatos de **aire acondicionado** y así se acordó en Junta, acuerdos conocidos por los demandados y que expresamente han obviado cumplir instalando el aparato del **aire acondicionado**, infringiendo lo dispuesto en los artículos 9 , 11 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal . Por otro lado la imposibilidad técnica de instalación de **aire acondicionado** en otro lugar no resulta probada pues aunque el perito pues este vino a reconocer en juicio a la vista de la documental exhibida que no constataba una imposibilidad técnica absoluta de conectar una máquina a la azotea de las características que le fueron mostradas, si bien apuntó a que no resultaría idónea dicha colocación para el uso que pretendía darle la parte demandada. Esta circunstancia no puede justificar la actitud de los demandados pues se burlaría la voluntad del resto de los comuneros adoptada conforme a los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal de mantener su fachada libre de aparatos de este tipo.

»Por otra parte, no existe abuso de derecho ni probado el agravio comparativo por el hecho de que en la parte del edificio destinado a oficinas haya permitido la **Comunidad** la instalación de aparatos de **aire acondicionado** puesto que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento las alteraciones que afectan a fachada de los locales que a la de viviendas. En el caso de los primeros y así lo manifestó en prueba testifical la anterior presidenta, desde hacía tiempo existían instalados esos aparatos de **aire acondicionado** y nada se hizo nunca por los comuneros por extender el acuerdo a dichas oficinas, flexibilidad que parece lógica en cuanto que tanto jurídica como estructuralmente y estéticamente, que es lo que persigue la **comunidad**, son diferentes las plantas de vivienda y la de oficinas. Si la parte demandada ha alterado el uso que configura el inmueble de vivienda en una oficina debe asumir el régimen que afecta a tal situación.

»Con respecto a la reconvención formulada sobre nulidad de acuerdos alcanzados en Juntas de 1999 y 2000, así como del 2006, sin perjuicio que ni una sola de las infracciones han quedado acreditadas debe recordarse que las citadas asambleas se acomodaron a las exigencias legales, especialmente en lo que se refiere a la Juntas de 1999 que al adoptarse por mayoría se esperó hasta tres meses para posibilitar la impugnación y al parecer el entonces administrador adoptó la previsión (anotada a lápiz, anotación que no constituye acuerdo) de procurar la notificación del acuerdo personal y escrita, no apareciendo probado que esta sea la habitual y la que de ordinario se emplea por la **comunidad** y que desde luego no es un requisito legalmente exigible, siendo lo normal que la notificación de las actas de Juntas de **propietarios** se realice por correo. Por otra parte es contrario a las reglas de buena fe que los demandados que son **propietarios** desde 2004, conocedores de los estatutos y del contenido de los acuerdos de dichas Juntas y conocedores por su profesión, en el caso de la Sra. Adriana , de las normas sobre régimen de propiedad horizontal, que invoque ahora en este proceso la nulidad de acuerdos en cuya virtud se le demanda en base a las no probadas infracción de normas sobre la formación de acuerdos, convocatorias y forma de notificación.

»Cuarto.- Que siendo la presente resolución estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvención se imponen a la parte demandada, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales causadas.»

**TERCERO.-** La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 22 de enero de 2010, en el rollo de apelación n.º 130/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales originadas en esta alzada.»

**CUARTO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana , que comparecen en calidad de apelantes, se alega en primer lugar, infracción de normas vinculado con error en la valoración de la prueba en relación al Fundamento de Derecho Primero, infringiéndose el artículo 218 de la LEC , ya que la parte recurrente tanto en la contestación de la demanda, como en la reconvención, lo que pone de manifiesto es que la instalación de aparatos de **aire acondicionado**, no merece la catalogación de obras, ni variación de la configuración exterior del inmueble. En segundo lugar, el mismo motivo referente al Fundamento Jurídico



Segundo, considerando infringidos los artículos 317 , 318 y 319 de la LEC . En tercer lugar, infracción de normas, así como de la jurisprudencia respecto al deber de probar los hechos negativos al caso, vinculado al error en la valoración de la prueba respecto al Fundamento Jurídico Tercero, considerando infringido el artículo 376 de la LEC . En cuarto lugar, y en relación con el mismo fundamento jurídico se alega infracción de normas, vulneración de doctrina del abuso del derecho, doctrina del agravio comparativo, doctrina de los actos propios y de la buena fe, así como infracción de la jurisprudencia aplicable sobre la instalación de aparatos de **aire acondicionado**. En quinto lugar, error en la valoración de la prueba respecto a la imposibilidad técnica de instalación el **aire acondicionado** en otro lugar. En sexto lugar, infracción de normas y doctrina jurisprudencial sobre los acuerdos radicalmente nulos. Y en séptimo lugar, infracción de normas respecto al fundamento de derecho cuarto, relativo a la imposición de costas. Por todo lo expuesto solicita que se revoque la resolución recurrida y se dicte otra por la que se desestime íntegramente la demanda imponiendo las costas a la parte actora, y se estime íntegramente la reconvención declarando la nulidad de los acuerdos referentes a la instalación de los aparatos de **aire acondicionado** acordado en la junta de fecha 6 de octubre de 1999, 6 de junio de 2000 en la que lo ratifican, 1 de marzo de 2006 en la que lo ratifican y 17 de abril de 2007 en la que lo ratifican, imponiendo las costas a la **Comunidad de Propietarios**.

»Por la representación procesal de la **Comunidad de Propietarios** del EDIFICIO000 , se presentó escrito de oposición al recurso planteado de contrario, impugnando todas las alegaciones realizadas en el mismo, y, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

»Segundo.- Una vez examinadas las extensas alegaciones realizadas por el recurrente motivadas sin duda al perfecto conocimiento de la materia, como consecuencia de profesionalmente ser abogado y administrador de fincas, estas se resumen: 1) A examinar si los acuerdos acordados respecto a la instalación de **aire acondicionado** fueron notificados al **propietario** de la finca NUM001 . NUM000 , y consecuentemente si pueden ser impugnados. 2) Al examen del carácter que tienen en la actualidad la instalación de **aires acondicionados**. Y 3) Si ha existido o no vulneración del principio de igualdad y abuso del derecho, al existir en el primer piso instalados aparatos de **aire acondicionado** similares a los del demandado.

»Con carácter previo y, sin perjuicio de lo que después se dirá, la Sala, en aras de la brevedad, da por reproducidos todos y cada uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia.

»Este tribunal comenzará el análisis por la infracción del artículo 218 de la LEC , respecto a que, tanto de la contestación de la demanda, como de la reconvención, se pone de manifiesto que la instalación de aparatos de **aire acondicionado**, no merece la catalogación de obras, ni variación de la configuración exterior del inmueble. Y es cierto que parte de la jurisprudencia, atendiendo a las necesidades sociales, y los avances tecnológicos, consideran que efectivamente estas instalaciones tienen el carácter que le atribuye el recurrente, pero siempre que exista un silencio por parte de la **comunidad**, o no exista una prohibición expresa mediante un acuerdo de la misma.

»En el caso de autos sí existen esos acuerdos que no autorizan a instalar aparatos de **aire acondicionado** las viviendas en la fachada del edificio, acuerdos que se adoptaron en el año 1999, ratificados por otro de junio de 2000. Los demandados recurrentes compraron la vivienda en fecha 5 de noviembre de 2004. Y como es sabido estos sustitúan y ocupan la posición del antiguo **propietario** de la vivienda, y no puede pretenderse, transcurridos más de cuatro años, afirmar que dichos acuerdos no fueron notificados al anterior **propietario**, buscando este artificio procesal para solicitar la nulidad de los mismos.

»No existiendo error de la prueba, ni vulneración de los artículos 317 , 318 y 319 de la LEC , respecto a la división horizontal de la finca, ni los estatutos de la misma, ya que en la sentencia se hace referencia a que en la documental aportada por la demandada se hace constar que el EDIFICIO000 lo componen diez plantas, la planta baja destinada a locales, la primera a oficinas y las ocho restantes a viviendas, el resto de las referencias no las hace con respecto a los documentos registralmente inscritos, sino que hace una comparación de esa realidad registral y arquitectónica, con las fotografías aportadas, en los que distingue con claridad los bajos comerciales, de la planta destinada a oficinas y esta del resto de las viviendas. No planteándose en el presente caso el cambio de uso de la vivienda, sino la instalación de **aire acondicionado** en la fachada, a partir de la cornisa que divide oficinas y viviendas.

»El resto de la argumentación del recurso es un extensísimo análisis y valoración de la prueba, con el objeto de intentar dejar sin credibilidad a los testigos, y mantener la teoría de que los acuerdos no fueron notificados al **propietario** del piso NUM001 - NUM000 , que carecen de credibilidad.

»No existiendo abuso de derecho, vulneración de la teoría de los actos propios, agravios comparativos, infracción de las normas de la LPH, ya que los demandados (no debe olvidarse su profesión) cuando estaban haciendo las obras fueron requeridos previamente por la **comunidad de propietarios** de la prohibición de instalación de los aparatos, haciendo caso omiso. Y en todo caso no existe privación del derecho a la





instalación de **aire acondicionado**, ya que el mismo se puede instalar en la terraza del edificio, eso sí con distinta maquinaria, y de más potencia.

»Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, no existiendo dudas de hecho, ni de derecho, ya que estas han sido buscadas por los demandados, por lo que no procede tampoco hacer modificación alguna sobre las costas procesales.

»Tercero.- A tenor de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC , procede imponer a la parte apelante las costas procesales originadas en esta alzada.»

**QUINTO.-** En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana , se formula en primer lugar, un recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido inadmitido. En segundo lugar, se formula un recurso de casación, fundándose en varios motivos, de los que solo el motivo primero ha sido admitido.

Motivo primero. «El interés casacional se funda por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( artículo 477.3.3.º) en relación con la doctrina que establece que el cómputo del plazo inicial de caducidad debe realizarse desde la notificación del acuerdo a los ausentes y de la forma de verificación de tal notificación que debe ser en la forma establecida en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal y 15, actual 18 de la Ley de Propiedad Horizontal .»

En este motivo se aduce la infracción de los artículos 9 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 22 de diciembre de 2008 , sobre el cómputo del plazo para impugnar los acuerdos que adopte la **comunidad de propietarios** que sean contrarios a la Ley o a los estatutos y sobre la forma de verificar la notificación de los acuerdos para que los **propietarios** ausentes tengan un conocimiento completo y detallado de los mismos y de 10 de julio de 2003, que entiende que la carga de la prueba sobre si se produjo o no lugar la citación para asistir a la junta corresponde a la parte que sostiene que la citación ha tenido lugar porque la alegación de falta de citación implica un hecho negativo que al no poder ser probado mediante un hecho positivo produce el efecto de desplazar el *onus probandi* [carga de la prueba], especialmente cuando todo **propietario** tiene derecho a que se le cite debidamente a las juntas de la **comunidad** sobre todo si se van a adoptar acuerdos que les afecten directamente.

Alega el recurrente que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia establecida en las sentencias citadas toda vez que es necesario para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación que se pruebe el conocimiento detallado del acuerdo y no su mera existencia pues solamente el primero garantiza el ejercicio de la acción en condiciones de efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que en el caso de autos no se produce. Además cuestiona si se produjo la citación a las juntas de 6 de octubre de 1999 y 6 de junio de 2000 a quienes eran los **propietarios** de la vivienda NUM001 .º NUM000 en aquel entonces o la notificación de las actas a los efectos de su impugnación. Sostiene que la Audiencia no ha entrado a valorar si la **comunidad de propietarios** había probado que había notificado las citaciones y las actas de las juntas a quienes eran **propietarios** entonces, considerando suficiente para entender acreditada la citación a la junta y la notificación y, por lo tanto, el conocimiento de los acuerdos con la simple manifestación de la demandante que es la que solicita la ejecución de los acuerdos y la que resulta en todo caso beneficiada desconociendo al hacerlo la doctrina jurisprudencial de la Sala de que la comunicación al copropietario ausente de los acuerdos de la junta debe verificarse en la forma establecida en el art. 9 LPH y solo puede presumirse la práctica de la notificación si se demuestra el conocimiento detallado por el copropietario ausente del acuerdo adoptado por la junta, lo que en el caso de autos se produce con el traslado de la demanda, encontrándose dentro del plazo para su impugnación.

Termina solicitando de la Sala «Que, teniendo por presentado este escrito, tenga por interpuestos recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga Sección Cuarta, número 42/2010, de fecha veintidós de enero de dos mil diez en el rollo de apelación número 130/2009 correspondiente al juicio ordinario número 1447/2005 proveniente del Juzgado de Primera Instancia número tres de Málaga, de modo que, previos los trámites legales procedentes, se ordene que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración denunciada o en su caso dicte nueva sentencia. Para el caso de que no prospere el anterior recurso, se estime el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada y resuelva sobre el fondo.»

**SEXTO.-** Por auto de 29 de marzo de 2011 se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana , así como no admitir el recurso de casación, respecto de los motivos segundo y tercero del escrito de interposición y admitir el recurso de casación respecto del motivo primero del escrito de interposición interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana .

**SÉPTIMO.-** En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de la **comunidad de propietarios** del EDIFICIO000 , sito en Málaga, se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Primera. Sobre la inadmisibilidad del motivo.

Este motivo del recurso también debe ser inadmitido toda vez que carece de interés casacional ya que las sentencias invocadas por la parte recurrente para fundamentar su recurso contemplan supuestos distintos que nada tienen que ver con la sentencia recurrida. Así las sentencias citadas recogen supuestos de impugnación de acuerdos de **comunidades** por parte de quienes eran **propietarios** en el momento de la adopción de tales acuerdos, contrariamente a lo que sucede en nuestro caso ya que ha quedado acreditado que los recurrentes compraron la vivienda y adquirieron la condición de **propietarios** años más tarde de adoptarse los acuerdos que ahora impugnan. Además las sentencias que se citan como opuestas a la recurrida tratan supuestos en los que se cuestiona la notificación de los acuerdos a los **propietarios** a los efectos de iniciar el cómputo de caducidad de la acción de impugnación y en el caso de autos, ha quedado acreditado que los acuerdos que se impugnan son firmes y fueron debidamente notificados en tiempo y forma a los **propietarios** anteriores.

Segunda. Carencia de fundamento.

En las dos sentencias invocadas para justificar el interés casacional alegado se pretende la nulidad de los acuerdos adoptados por las juntas de **propietarios** sin que hubiera transcurrido un año desde la adopción de los mismos y se discute sobre la notificación a los **propietarios** ausentes, pero siempre **propietarios** en el momento de la adopción de los citados acuerdos, condición esta que no ostentaban los ahora recurrentes al haber adquirido la vivienda años después de su adopción.

A través del recurso se pretende revocar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial amparándose en unas supuestas infracciones que no han sido probadas, ya que las juntas se acomodaron a las exigencias legales, especialmente en lo que se refiere a la junta de 1999, dado que al adoptarse por mayoría se esperó hasta tres meses para posibilitar la impugnación procediendo como es normal en la **comunidad de propietarios** a notificar las actas de las juntas por correo, con independencia de su publicación en el tablón de anuncios que existía en el portal del edificio.

No existe oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que no se trata de supuestos iguales habiendo quedado suficientemente acreditado que los acuerdos fueron debidamente notificados, intentando con el recurso la recurrente desvirtuar tal apreciación probatoria restando credibilidad al testimonio de los testigos que depusieron en el acto del juicio y a la documental aportada para implantar su criterio con evidente mala fe y ánimo dilatorio.

Termina solicitando de la Sala «Tenga por presentado este escrito, al que se acompaña el justificante que acredita haber dado traslado previo de su copia a la contraparte, por evacuado el traslado conferido y por hechas las alegaciones que anteceden, y en su día dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación interpuesto por D. Jose Ángel y D.ª Adriana contra la **Comunidad de Propietarios** EDIFICIO000 , con expresa imposición de costas a la parte recurrente.»

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 28 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

**NOVENO.-** En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPH, Ley de Propiedad Horizontal.

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*



1. La **comunidad de propietarios** del EDIFICIO000 de Málaga presentó demanda que fue registrada el 25 de noviembre de 2005 en la que, con base en el acuerdo adoptado por mayoría en junta general extraordinaria celebrada el 6 de octubre de 1999 que prohibía la instalación de aparatos de **aire acondicionado** en la fachada del edificio que fue ratificado por unanimidad en la junta de 6 de junio de 2000, solicitaba que se declarase la ilegalidad de la instalación de un aparato de **aire acondicionado** efectuada por los demandados, D.<sup>a</sup> Adriana y D. Jose Ángel , en la fachada del edificio y la reposición de esta a su estado original con expresa condena en costas al demandado.

2. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando que: los anteriores **propietarios** de la vivienda no fueron legalmente citados a la juntas donde se adoptaron los acuerdos ni se les notificaron las actas de las mismas y que ellos tuvieron conocimiento de los mismos cuando se les notificó la demanda; la instalación de varios aparatos de **aire acondicionado** en la fachada no supone alteración o perjuicio alguno; al no estar inscritos los acuerdos en el Registro de la Propiedad no pueden afectar a los terceros adquirentes de la vivienda; los acuerdos son totalmente arbitrarios y contrarios al principio de igualdad ya que se permite la instalación de aparatos de **aire acondicionado** en la fachada a otros **propietarios**.

Formularon reconvencción pidiendo la nulidad de los acuerdos de fecha 6 de octubre de 1999, 6 de junio de 2000 y 1 de marzo de 2006 por ser contrarios a normas imperativas y los estatutos, así como por haberse adoptado con abuso de derecho y suponer un grave perjuicio para los **propietarios** de las tres primeras plantas. En concreto, se hicieron las siguientes alegaciones: las citaciones para acudir a la celebración de las juntas de 6 de octubre de 1999 y 6 de junio de 2000 no fueron enviadas en el plazo legal, ni a todos los **propietarios**, las actas redactadas adolecían de numerosos errores, los acuerdos adoptados eran totalmente arbitrarios en perjuicio de unos y en beneficio de otros, pues discriminaban a los **propietarios** de la primera planta del edificio que sí tienen instalados aparatos de **aire acondicionado** en la fachada.

3. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y desestimó la reconvencción. Se fundó, en síntesis, en lo siguiente: (a) declaró probado que: -en junta general extraordinaria de fecha 6 de octubre de 1999 se adoptó un acuerdo por mayoría de asistentes por el que se prohibía la instalación en la fachada del inmueble de aparatos de **aire acondicionado**, acuerdo que fue ratificado por unanimidad en la junta que celebrada el 6 de junio de 2000 (en la que se decide conceder un plazo a los comuneros para retirar los aparatos anteriormente colocados y se les autoriza para instalarlos en la cubierta del edificio) y que nunca fue impugnado; -los demandados adquirieron en septiembre 2004 una vivienda ubicada en la planta segunda que, de acuerdo con la descripción registral y la realidad arquitectónica de la finca, se sitúa en la primera planta del edificio destinado a viviendas y que conocían el título constitutivo y los acuerdos tomados; -los demandados fueron advertidos de la improcedencia de la colocación de aparatos de **aire acondicionado** cuando estaban realizando la preinstalación de este, pese a lo cual instalaron el aparato en la fachada correspondiente a las viviendas modificando de esta forma la estética y homogeneidad de la fachada; (b) no existe agravio comparativo ni abuso de derecho por el hecho de que en la parte del edificio destinado a oficinas la **comunidad** haya permitido la instalación de aparatos de **aire acondicionado** puesto que no tienen por qué recibir el mismo régimen o tratamiento las alteraciones que afectan a los locales que a la de viviendas; (c) en cuanto a la reconvencción, estimó que no era procedente declarar la nulidad de los acuerdos alcanzados en las juntas de 1999, 2000 y 2006 por cuanto ninguna de las infracciones alegadas habían quedado acreditadas, la celebración de las asambleas citadas se había acomodado a los requisitos legales, especialmente la de 1999, en la que al adoptarse el acuerdo por mayoría se esperó hasta tres meses para posibilitar la impugnación, procurando la notificación personal a todos los **propietarios**, pese a no ser este procedimiento el habitual.

4. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por los demandados y confirmó la sentencia de primera instancia. Se fundó, en síntesis, en lo siguiente: (a) al margen del carácter o consideración que merezca la instalación de aparatos de **aire acondicionado**, lo cierto es que en el caso de autos existe una prohibición expresa por parte de la **comunidad** que adoptó un acuerdo en 1999, y que luego ratificó en junio de 2000, en el que no autorizaba a instalar aparatos de **aire acondicionado** en la fachada del edificio donde se sitúan las viviendas, (b) los demandados al comprar la vivienda el 5 de noviembre de 2004 se colocan en la posición del antiguo **propietario** de la vivienda a quien se le notificaron oportunamente los acuerdos adoptados; (c) no existe abuso de derecho, ni vulneración de la teoría de los actos propios, ni agravios comparativos, ni vulneración de las normas de la LPH toda vez que los demandados fueron requeridos previamente por la **comunidad** cuando estaban haciendo las obras, haciendo caso omiso a los mismos; (d) tampoco existe privación del derecho a la instalación del **aire acondicionado** puesto que el mismo se puede instalar en la terraza del edificio.

5. Contra esta sentencia los demandados interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y casación al amparo del artículo 477.2.3º LEC , de los que solo el motivo primero de este último resultó admitido.

**SEGUNDO.-** *Enunciación del motivo primero del recurso de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«El interés casacional se funda por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( artículo 477.3.3.º) en relación con la doctrina que establece que el cómputo del plazo inicial de caducidad debe realizarse desde la notificación del acuerdo a los ausentes y de la forma de verificación de tal notificación que debe ser en la forma establecida en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal y 15, actual 18 de la Ley de Propiedad Horizontal .»

En este motivo se aduce la infracción de los artículos 9 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTS de 22 de diciembre de 2008 y de 10 de julio de 2003 .

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia establecida en las sentencias citadas, toda vez que es necesario para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación que se pruebe el conocimiento detallado del acuerdo y no su mera existencia, lo que en el caso de autos, según se dice, no se ha producido ya que la Audiencia Provincial considera suficiente la demostración de la citación a la junta y la notificación y, por lo tanto, el conocimiento de los acuerdos, por la simple manifestación de la demandante, que es la que solicita la ejecución de los acuerdos y a la que beneficia el hecho de que se tenga por realizada la citación a junta y la notificación de las actas de las juntas desconociendo la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala citadas de que la comunicación al copropietario ausente de los acuerdos de la junta debe verificarse en la forma establecida en el artículo 9 LPH y solo puede presumirse la práctica de la notificación si se demuestra, de acuerdo con las circunstancias, el conocimiento detallado por el copropietario ausente del acuerdo adoptado por la junta, lo que en el caso de autos se produce con el traslado de la demanda, encontrándose dentro del plazo para su impugnación según el artículo 18 LPH .

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** *La notificación de los acuerdos comunitarios al copropietario ausente.*

A) El artículo 18.3 LPH establece, con carácter general, ahora respecto de todos los acuerdos, que la acción caducará en los plazos que establece a partir del momento de la adopción del acuerdo, con la excepción de que «[p]ara los **propietarios** ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el art. 9».

Esta Sala interpretando el artículo 16, regla primera, párrafo segundo, LPH , en la redacción de 1990, sostenía en SSTS de 21 de mayo de 1976 , 7 de abril de 1997 , 19 de diciembre de 1997 , 14 de diciembre de 2001 , 18 de abril de 2007 , 30 de mayo de 2007 que este trataba de asegurar que los **propietarios** que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta, tuvieran un conocimiento completo y detallado de los acuerdos adoptados. Esta doctrina resulta aplicable en lo sustancial a la nueva redacción del artículo 18.3 LPH , en relación con el artículo 9 LPH , como así lo declara la STS de 22 de diciembre de 2008 alegada por la parte como fundamento del interés casacional junto con la de 10 de julio de 2003.

La STS de 22 de diciembre de 2008 trata el tema del cómputo del plazo para impugnar los acuerdos que adopte la **comunidad de propietarios** y la forma de verificar la notificación de los acuerdos a los **propietarios** ausentes conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LPH y dispone que para el inicio del cómputo de plazo para la acción de impugnación es necesario que se pruebe el conocimiento detallado del acuerdo y no su mera existencia, pues solamente el primero garantiza el ejercicio de la acción en condiciones de efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. La STS de 10 de julio de 2003 en un supuesto de impugnación de acuerdos comunitarios en el que se cuestionaba si había tenido lugar la citación para la junta, declara que la carga de la prueba sobre si se produjo o no la citación para asistir a la junta corresponde a la parte que sostiene que la citación ha tenido lugar porque la alegación de falta de citación implica un hecho negativo que al no poder ser probado mediante un hecho positivo produce el efecto de desplazar el *onus probandi* [carga de la prueba], especialmente cuando todo **propietario** tiene derecho a que se le cite debidamente a las juntas de la **comunidad** sobre todo si se van a adoptar acuerdos que les afecten directamente.

B) Esta Sala como se ha expuesto con anterioridad tiene una consolidada doctrina en cuanto al inicio del cómputo del plazo para impugnar para los ausentes de las reuniones y la obligatoriedad por parte de los órganos representativos de la **comunidad** de notificar el acuerdo a los mismos en la forma determinada en el artículo 9 LPH que la Audiencia Provincial no solo no contradice sino que la aplica, ya que sin desconocer que todo copropietario tiene derecho a que se le cite debidamente a las juntas de la **comunidad de propietarios** a que pertenece, y máxime si se van a adoptar acuerdos que le afectan directamente declara que los acuerdos adoptados por la **comunidad** demandante por los que no se permitía instalar aparatos de **aire acondicionado**





en la fachada del edificio fueron debidamente notificados al anterior **propietario** de la vivienda (al que en ningún caso se ha considerado como **propietario** ausente) de la que actualmente son titulares los recurrentes, quienes desde que compraron la vivienda ocupan la posición de estos, sin que los mismos hubieran sido impugnados por aquellos hasta el ejercicio de la presente acción. De igual forma estima acreditado, al dar por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de primera instancia que los actuales **propietarios**, ahora recurrentes cuando adquirieron en septiembre de 2004 la vivienda conocían el título constitutivo que conforma la **comunidad de propietarios** y en el que se describe la configuración del inmueble así como los acuerdos cuestionados, tal y como se extrae de la prueba de interrogatorio de parte y de la testifical practicada. Por tanto no es cierto, como afirman los recurrentes que quede acreditada la citación a la junta y la notificación y, por lo tanto, el conocimiento de los acuerdos por la simple manifestación de la **comunidad** demandante, sino que lo anterior se corrobora con la prueba practicada en autos.

No es irrazonable deducir que los anteriores **propietarios** conocieron el acuerdo inicial, dadas las circunstancias que pudo tener en cuenta la Audiencia Provincial para darlo por probado, especialmente el hecho de que se esperó hasta tres meses desde la adopción del acuerdo por mayoría en octubre de 1999 por si alguno de los **propietarios** lo impugnaba sin que constase en acta impugnación alguna, constan anotaciones manuscritas del entonces administrador para procurar la notificación del acuerdo de forma personal y escrita, pese a que la forma habitual empleada por la **comunidad** para la notificación de las actas era por correo, según hace constar el juez de primera instancia cuya valoración de la prueba implícitamente acepta la Audiencia Provincial, el acuerdo inicial se ratificó en junio del año 2000 y transcurrió un largo tiempo sin protesta alguna. En todo caso, los nuevos **propietarios**, que se subrogaron en la posición de los anteriores, no lo recurrieron en el plazo de un año desde que, según la Audiencia Provincial, tuvieron conocimiento de él, según se declara expresamente probado mediante prueba testifical.

Sentado lo anterior, demostrado el conocimiento tanto de los anteriores como de los actuales **propietarios** de la vivienda sita en planta NUM001 .º puerta NUM000 .º de los acuerdos adoptados en su día por la **comunidad de propietarios** que impedían la instalación de aparatos de **aire acondicionado** en la fachada del inmueble en la parte destinada a viviendas permitiendo su instalación en la cubierta del edificio y el carácter extemporáneo de la impugnación realizada por los recurrentes la sentencia recurrida no incurre en las infracciones denunciadas a menos que se altere la base fáctica tomada en consideración por la sentencia impugnada.

#### **CUARTO.- Costas.**

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

#### **FALLAMOS**

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana contra la sentencia de 22 de enero de 2010 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 130/2009 dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1447/2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga, cuyo fallo dice literalmente:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de D. Jose Ángel y D.ª Adriana , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales originadas en esta alzada.»

2. No ha lugar a casar por el motivo formulado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

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. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.