Roj: **SAP BU 842/2017** - ECLI: **ES:APBU:2017:842**

Id Cendoj: **09059370022017100196**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Burgos**
Sección: **2**
Fecha: **26/09/2017**
Nº de Recurso: **226/2017**
Nº de Resolución: **312/2017**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BURGOS**

***SENTENCIA: 00312/2017***

Modelo: N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

**N.I.G.** 09903 41 1 2016 0000626

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000226 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de VILLARCAYO MERINDAD CASTILLA L

**Procedimiento de origen:** OR8 ORDINARIO LPH-249.1.8 0000248 /2016

Recurrente: Custodia , Joaquín

Procurador: MARGARITA MARIA ROBLES SANTOS, MARGARITA MARIA ROBLES SANTOS

Abogado: JOSE MANUEL MERA CHICO, JOSE MANUEL MERA CHICO

Recurrido: C.P. C/ DIRECCION000 NUM000 DE MEDINA DE POMAR, C.P. DIRECCION001 NUM001 MEDINA DE POAMR , C.P. DIRECCION000 NUM002 DE MEDINA DE POMAR

Procurador: ANTONIO INFANTE OTAMENDI, ANTONIO INFANTE OTAMENDI ,

Abogado: JOSE MARIA FERNANDEZ LOPEZ, JOSE MARIA FERNANDEZ LOPEZ ,

***S E N T E N C I A* Nº 312**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

**ILMOS/AS SRES/AS:**

**PRESIDENTE:**

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

**MAGISTRADOS/AS:**

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

**SIENDO PONENTE:** DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

**SOBRE:** IMPUGNACION ACUERDOS ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA DE PROPIETARIOS

**LUGAR:** BURGOS

**FECHA:** VEINTISEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE

En el Rollo de Apelación nº 226 de 2017, dimanante de Juicio nº 248/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Villarcayo, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 18 de Abril de 2017 ,siendo parte, demandante apelante DOÑA Custodia y DON Joaquín , representados ante este Tribunal por la Procuradora Doña Margarita María Robles Santos y defendidos por el Letrado Don José Manuel Mera Chico; y como parte demandado apelado Comunidad de Propietarios C/ DIRECCION000 NUM000 y NUM002 , de Medina de Pomar y Comunidad de Propietarios DIRECCION001 , NUM001 de Medina de Pomar, representados ante este Tribunal por el Procurador Don Antonio Infante Otamendi y defendidos por el Letrado Don José María Fernández López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: Se desestima la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Margarita Robles Santos, en nombre y representación de D. Joaquín y Dª Custodia contra las comunidades de Propietarios de DIRECCION000 nº NUM000 , DIRECCION000 nº NUM002 y DIRECCION001 nº NUM001 , representadas por el Procurador D. Antonio Infante Otamendi y, en consecuencia se absuelve a las Comunidades de Propietarios de DIRECCION000 nº NUM000 , DIRECCION000 nº NUM002 y DIRECCION001 nº NUM001 de todos los pedimentos hechos en su contra. Se imponen las costas causadas en el presente procedimiento a D. Joaquín y Dª. Custodia .

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Doña Custodia y Don Joaquín , se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

**TERCERO** - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 21 de Septiembre de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación legal de Custodia y Joaquín (parte actora) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 18-4-2017 por el Juzgado de 1ª Instancia e I. nº2 de Villarcayo por la que se desestimaron sus pretensiones de impugnación de acuerdos nº1 y 2 adoptados en la Junta extraordinaria de 311-10-2015 por la Comunidad de propietarios demandada.

Pretende la parte apelante la integra estimación de las pretensiones de su Demanda sobre nulidad de acuerdos en la citada Junta al considerar, en síntesis:

- que los acuerdos adoptados de modificación del régimen de contribución de gastos comunitarios no fueron adoptados por unanimidad, siendo por ello contrarios a la ley.

- que el régimen de liquidación que se haya venido realizando no constituye acto propio ( SS TS de 6-2-2014 , 27-4-2015 ; A.P. de Burgos S. 2ª de 6-5-2014 y 28-5-2015 ).

**SEGUNDO.-** Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que no se aceptan los pronunciamientos de la sentencia apelada.

Son antecedentes de interés para la resolución del recurso los siguientes:

- aunque no se ha aportado el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, no se discute por la parte demandada que registralmente la Comunidad de propietarios es única, está integrada por los tres portales de un mismo edificio y que las cuotas de participación de los distintos inmuebles están establecidas respecto del conjunto del edificio.

- sin embargo y desde el inicio han venido funcionando separadamente por portales disponiendo cada portal de su propio Presidente y administrador, habiendo recalculado cada portal los porcentajes para llegar a la cuota que se debe abonar en los gastos de cada portal.

- en la escritura de compraventa de la parte demandada consta como norma de comunidad: *Los gastos de conservación de portales y escaleras serán satisfechos exclusivamente por los propietarios de las viviendas de las plantas altas que por los mismos tuvieran sus respectivos accesos* .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

- en Junta extraordinaria de los tres portales con el voto en contra de la parte ahora actora propietario del local 49A, que impugna el acuerdo se acordó: Constitución Comunidad Edificio General de los 3 portales que componen la finca de la DIRECCION000 nº NUM000 , DIRECCION000 nº NUM002 y DIRECCION001 nº NUM001 , o su separación, y en su caso, forma de atender los pagos de los elementos comunes, como fachadas, canalones, bajantes, patios, etc.

Se acuerda por unanimidad de los asistentes que componen la finca de la c/ DIRECCION000 nº NUM000 , DIRECCION000 nº NUM002 y DIRECCION001 nº NUM001 :

1.-El continuar INDIVIDUALMENTE cada portal, en REPARACIONES DE FACHADA Y TEJADO, como se ha venido haciendo hasta ahora.

2.-En cuanto a los dos PATIOS INTERIORES, las reparaciones se atenderán al 50% entre los portales que les corresponda la reparación del patio.

3.-Las reparaciones o sustitución de DESAGÜES, ARQUETAS, BAJANTES GENERALES, CANALONES, LIMPIEZA DE CANALONES Y TODO AQUELLO QUE AFECTE A LOS ELEMENTOS COMUNES ***NO*** INCLUIDOS ANTERIORMENTE, el pago será atendido por los 3 portales que constituyen la finca, en función de las cuotas de participación en los elementos comunes, según la declaración de obra nueva de la finca.

**TERCERO.-** El **artículo 9.1e** / de la Ley de Propiedad Horizontal establece entre las obligaciones de cada propietario la de: 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, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

No consta que, a salvo de los gastos de conservación de portales y escaleras, exista un régimen especial de contribución, por lo que en aplicación del citado artículo debe serlo conforme a la cuota de participación fijada en el título.

Los acuerdos nº 1 y 2 impugnados establecen para otros gastos distintos de los de conservación de portales y escaleras, un régimen de contribución distinto del previsto en el título constitutivo por cuota de participación, pues esta viene establecida en relación al total del inmueble.

No cabe salvo acuerdo unánime que modifique el título constitutivo aplicar un régimen de contribución distinto al que en este se prevé y que se reconoce que lo es por cuota de participación en relación a la totalidad del inmueble y no individualizadamente por portales.

Los acuerdos impugnados modifican así el régimen de contribución previsto en el titulo constitutivo en cuanto que en el acuerdo nº 1 se establece una contribución a los gastos de reparación de fachada y tejado individualmente por cada portal y en el acuerdo nº 2 referente a las reparaciones en los dos patios interiores al 50% para los portales afectados.

Para operar la modificación del régimen de contribución de esos gastos era precisa, en aplicación del artículo 17 de la LPH , la unanimidad, requisito que no ha concurrido en el presente caso al haberse opuesto de modo expreso el actor. Por ello es claro que los acuerdos impugnados son contrarios a la Ley y deben ser anulados.

**CUARTO.-** No resulta de aplicación para estos supuestos la doctrina de los actos propios. Así el **TS en S. de 6-2-2014** ha señalado que: *la jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 CC , con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto.*

*En régimen de propiedad horizontal, esta Sala ha declarado con reiteración (SSTS 3 de septiembre y 16 de noviembre 2004 ; 22 de mayo de 2008 y 7 de marzo 2013 ) que la forma de contribución a los gastos comunes es según la cuota de participación fijada en el Título o a lo que especialmente se haya establecido, por lo que, en principio, todos los comuneros deben aportar conforme a su coeficiente, el cual, a veces, no coincide con su cuota de propiedad, pues caben reglas especiales para los gastos, que es precisamente lo especialmente establecido mencionado en el precepto, y que, aunque sea la Junta de Propietarios quién establezca un sistema singular para pagar determinadas partidas por conceptos de gastos o mantenimiento, ello supone una modificación estatutaria contraria a la ley, susceptible de ser impugnada judicialmente para lograr la anulación del acuerdo, sin que la tolerancia de cuentas o presupuestos en Juntas anteriores con un sistema de reparto diferente al que correspondía, en base a lo que especialmente se haya establecido en los Estatutos, sea suficiente aceptación de hecho para evitar la impugnación de un acuerdo similar adoptado en una Junta posterior.*

Como precisa la *sentencia más reciente de 7 de marzo de 2013* el hecho de que durante años se haya venido contribuyendo a los gastos comunes de una forma distinta a la prevista en los estatutos de una forma arbitraria, caprichosa o por simple comodidad o inercia en modo alguno significa que haya existido un acuerdo inequívoco de los copropietarios dirigido a modificar los estatutos sino que se trataría de una práctica simplemente tolerada. En estos supuestos bastaría el acuerdo mayoritario que no solo no pretende la modificación del título, sino precisamente la aplicación del mismo

La Audiencia Provincial contradice esta doctrina jurisprudencial, toda vez que dice que se ha acreditado un régimen de imputación de gastos comunes a los diferentes pisos y locales diferente al porcentaje de participación que el título establece y que dicho sistema se ha aplicado desde hace muchos años sin que hubiera sido objeto de impugnación, lo que revela la existencia de un consentimiento tácito, pese a lo cual exige la unanimidad para la validez del nuevo acuerdo por el que se pretende volver a la situación de origen recogida en el título constitutivo, lo que no es correcto. Sin duda, no es irrazonable deducir que 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. Pero el acuerdo que ahora se impugna supone volver a lo dispuesto en el título constitutivo, que no ha sido modificado, en cuanto a la distribución de los gastos, por lo que no es necesaria la unanimidad de todos los copropietarios para la adopción del mismo, puesto que nada se modifica, ni se quiso modificar en dicho periodo.

La aplicación al caso de la doctrina expuesta determina la estimación de las pretensiones de la Demanda, pues los acuerdos impugnados no respetan lo recogido en el titulo constitutivo sobre el régimen de contribución de gastos, aprobando una excepción no prevista a la norma general de contribución por cuota de participación (que en el caso viene referida en relación a la totalidad del inmueble).

Por todo ello y con estimación del recurso, procede estimar las pretensiones actoras de nulidad de los acuerdos nº 1 y 2 adoptados por la Comunidad de Propietarios demandada, en Junta Extraordinaria de fecha 31-10-2015.

**QUINTO.-** Costas- Ante la estimación del recurso y de las pretensiones actoras y en aplicación de los artículos 394.1 y 398.2 LEC se hace expresa imposición de las costas de 1ª instancia a la parte demandada, sin hacer expresa imposición de las costas en el recurso.

## FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Custodia y Joaquín contra la sentencia dictada en fecha 18- 4-2017 por el Juzgado de 1ª Instancia e I. nº2 de Villarcayo, acordamos su revocación, dictando otra por la que estimando la Demanda interpuesta por dicha parte contra las Comunidades de propietarios DIRECCION000 nº NUM000 DIRECCION000 nº NUM002 y DIRECCION001 nº NUM001 de Medina de Pomar (Burgos) declaramos la nulidad de los acuerdos nº 1 y 2 de la Junta extraordinaria celebrada por la parte demandada en fecha 31-10-2015, dejándolos sin efecto.

Se hace expresa imposición de las costas de 1ª instancia a la parte demandada, sin hacer expresa imposición de las costas en el recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ