**SENTENCIA DE LA A.P DE CASTELLÓN 22/2013 DE 12 DE MARZO DE 2013**

SECCION N. 1

SENTENCIA: 22/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 5/2013

Iltmos. Sres.:

Presidente:

Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ

Magistrados:

Don PEDRO LUIS GARRIDO SANCHO

Doña AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ

En la ciudad de Castellón, a doce de marzo de dos mil trece.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida por los Iltmos. Sres. Anotados al margen, ha visto y examinado el presente Rollo de Apelación Civil Núm. 5 del año 2.013, incoado en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el día 25 de octubre de 2012 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 2 de Vinarós, en los autos de Juicio Ordinario, sobre impugnación de acuerdos de junta de propietarios, seguidos con el Núm. 726 del año 2.011 en el citado Juzgado.

Han sido partes en el recurso, como APELANTES y APELADOS , Don Juan Ignacio y Doña Daniela , representados por la Procurador Doña Miriam Esteller Esteller y defendidos por el Abogado Don José María Morales Vázquez, y la Comunidad de Propietarios del Edificio de la CALLE000 nº NUM000 de Benicarló, representada por la Procuradora Doña Mª. Mercedes Cruz Sorribes y dirigida por el Abogado Don Ramón Ángel Baca Esbrí, y Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ, que expresa el parecer del Tribunal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento de referencia, se dictó Sentencia en fecha 25 de octubre de 2012 , aclarada por Auto de fecha 8 de noviembre de 2012, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª. Miriam Esteller Esteller Moliner, en nombre y representación de D. Juan Ignacio y Dª. Daniela , contra la Comunidad de Propietarios Edificio CALLE000 nº NUM000 de Benicarló, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo adoptado en el punto 4 del orden del día de la Junta Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios de fecha 8 de agosto de 2011 por el que se denegó autorizar a los demandantes la construcción de una caseta en el terrado para uso de la vivienda del tercer piso, similar a las existentes, y debo condenar y condeno a la Comunidad de Propietarios CALLE000 nº NUM000 de Benicarló a estar y pasar por dicha declaración, sin que proceda declarar la nulidad2 de los acuerdos adoptados en el punto 3 del orden día de la Junta de fecha 8 de junio de 2011 y en los puntos 2 y 3 del orden del día de la Junta de fecha 8 de agosto de 2011, todo ello sin expresa condena en costas".

**SEGUNDO**.- Publicada y notificada la Sentencia a las partes, la representación procesal de Don Juan Ignacio y Doña Daniela y de la Comunidad de Propietarios del Edificio CALLE000 nº NUM000 de Benicarló interpusieron recursos de apelación contra la misma, que fueron admitidos en ambos efectos, evacuándose el trámite de oposición, con remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Castellón para su resolución.

**TERCERO**.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera, donde se formó el oportuno Rollo de Apelación Civil, tramitándose el recurso y señalándose la deliberación y votación del Tribunal el pasado día 11 de marzo de 2013, a las 9?40 horas en que ha tenido lugar.

**CUARTO**.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado, en lo esencial, todas las formalidades y prescripciones legales.

**ANTECEDENTES DE DERECHO**

SE ACEPTAN los de la Sentencia recurrida, en cuanto no se opongan a los siguientes, por los que quedan sustituidos, y

**I.- Planteamiento.**

**PRIMERO**.- La demanda rectora del procedimiento fue promovida por Don Juan Ignacio y Doña Daniela , propietarios de la vivienda ubicada en el tercer piso, contra la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en la CALLE000 nº NUM000 de Benicarló con el objeto de que se declararan nulos y sin efecto, de un lado, el acuerdo adoptado en el punto 3 (declaración de todos los propietarios se encuentran al corriente en el ingreso de las cuotas de Comunidad y que no existen pagos pendientes, y la aprobación del presupuesto de gastos anual siendo las cuotas resultantes de 200 euros por vivienda al cuatrimestre) de la Junta Extraordinaria de la Comunidad celebrada el 8 de junio de 2011 y los acuerdos adoptados en el punto 2 (desestimando la liquidación y reclamación al local comercial en planta baja la cuota de 200 euros por cuatrimestre) y en el punto 3 (desestimando la aprobación de cuotas de contribución a gastos comunes en proporción a coeficientes de participación, repartiendo el presupuesto aprobado entre las cuatro propiedades que componen el inmueble en proporción a su cuota del 25% cada una) de la Junta Extraordinaria de la Comunidad de 8 de agosto de 2011, porque tales acuerdos no fueron adoptados por unanimidad al implicar una modificación del título constitutivo de la Comunidad en cuanto que fijaba la contribución a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación que es en el porcentaje del 25%; y de otro lado, el acuerdo adoptado en el punto 4 (denegación de la autorización a Don Juan Ignacio y Doña Daniela para la construcción de una caseta en el terrado para uso de la vivienda del tercer piso similar a la existentes) de la Junta Extraordinaria de la Comunidad de 8 de agosto de 2011 por ser discriminatorio y adoptado en abuso de derecho no ofreciéndose razón alguna que justifique dicha negativa.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del acuerdo del punto 4 de la Junta Extraordinaria de 8 de agosto de 2011 (denegación de la autorización para construcción de caseta en terraza) por estimarlo discriminatorio y con abuso de derecho no ofreciendo la parte demandada justificación alguna para rechazarlo, desestimando la impugnación de los otros tres acuerdos al apreciar que hubo un pacto entre todos los propietarios de exclusión del local comercial de contribuir a los gastos de sostenimiento del zaguán y escalera del inmueble.

Frente a esta Sentencia se alzan ambas partes solicitando de esta Sala su parcial revocación, los actores Don Juan Ignacio y Doña Daniela para que se declare la nulidad de los tres acuerdos comunitarios impugnados (punto 3 Junta Extraordinaria de 8/06/11 y puntos 2 y 3 Junta Extraordinaria de 8/08/11) por considerar que son contrarios al sistema de contribución a los gastos comunes establecido en el título constitutivo de cuya modificación ni fueron informados ni consintieron en la misma, y la Comunidad de Propietarios demandada para que se deje sin efecto la nulidad del acuerdo comunitario que denegaba la autorización para construcción de una caseta en la terraza por los actores (punto 4 Junta Extraordinaria de 8/08/11), por no concurrir en el supuesto alegado discriminación ni abuso de derecho.

**II.- Recurso de apelación de los demandantes Don Juan Ignacio y Doña Daniela .**

**SEGUNDO**.- En el único motivo de apelación los recurrentes acusan error en la interpretación y valoración de la prueba padecido por la Juzgadora de instancia que le conducen a conclusiones y deducciones contradictorias, ilógicas y equivocadas, con infracción de los principios sobre carga de la prueba recogidos en el art. 217 LEC y con infracción de los artículos 3 , 5 , 9.5 , 17.1 y 18 de la LPH . Se argumenta en su3 defensa, en síntesis, que el régimen de contribución a los gastos comunes es el establecido en la escritura de división horizontal que, a su vez y sin excepción, se remite a lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal de contribución a los mismos conforme a las respectivas cuotas de participación, sistema que fue acordado también en la Junta de al Comunidad de 8 de junio de 2011 de constitución formal de la comunidad de propietarios, no teniendo eficacia alguna el acuerdo modificatorio del reparto de gastos aludido por la Comunidad de Propietarios demandada porque no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, además de no haber sido informados del mismo los recurrentes ni haberlo consentido.

El artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal establece como régimen general la obligación de cada propietario "Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización" y el artículo 17.1ª de la misma Ley exige la unanimidad "para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad". La exoneración total o parcial de esta obligación de contribuir a los gastos comunes, como excepción al régimen común, es totalmente excepcional y para que pueda surgir necesita, de modo inexcusable que dicha situación especial conste establecida expresamente, ya sea en el propio título constitutivo, Estatutos o normas de comunidad o en cualquier otro acuerdo válido y vinculante para el resto de la comunidad, acuerdo que debe ser tomado por unanimidad. Por tanto, mientas no se acredite la preexistencia de este sistema de carácter excepcional, sólo imperará entre los propietarios el régimen común y normal.

En el caso que nos ocupa, ninguna claúsula específica sobre la contribución a los gastos comunes se estableció en el título constitutivo de la comunidad, esto es, en la escritura pública de 24 de febrero de 1977 de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, que sólo hizo referencia al régimen general de que dicha edificación se regularía por las normas contenidas en el art. 396 CC y en la propia Ley de Propiedad Horizontal, de manera que estableció la formula legal de contribución a los gastos comunes "conforme a la cuota de participación fijada en el título", que para el caso era del 25% para cada inmueble.

No se adoptó y redactó, ni tampoco se inscribió en el Registro de la Propiedad, acuerdo posterior de la Comunidad de Propietarios que alterase la referida distribución, para la cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 y 17 de la LPH , se necesitaba la unanimidad o conformidad de todos los propietarios. Sólo en la Junta Extraordinaria de la Comunidad de fecha 6 de junio de 2011 (F. 62), que fue de constitución de la misma, se acordó que las normas por las que se regiría dicha Comunidad serían las que figuran en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de fecha 24 de enero de 1977 y en lo no previsto se estaría a lo dispuesto en la ley de propiedad horizontal, con lo que se volvía a reiterar el sistema legal de contribución a los gastos comunes referido a la cuota de participación de cada inmueble, que lo era del 25%.

La Juzgadora de instancia rechaza la nulidad de los acuerdos comunitarios pretendida por los recurrentes con fundamento en considerar demostrado que existía un pacto desde el inicio de la vida de la comunidad, unánimente adoptado por los copropietarios, que eximía al local comercial de contribuir a los gastos ordinarios de mantenimiento de zaguán y escalera, pacto del que fueron informados los nuevos propietarios de la vivienda del piso tercero cuando la adquirieron y que éstos vinieron consintiendo, lo que deduce de los apuntes y movimientos de la cuenta de titularidad de la comunidad que constan en una libreta bancaria.

Sucede, sin embargo, que ni la Comunidad demandada ha demostrado cumplidamente la existencia de ese pacto verbal unánime de todos los propietarios modificando la contribución a los gastos comunes del edificio, cuya carga probatoria le correspondía, ni el hecho de haber venido abonando las cuotas de gastos fijadas por la Comunidad supone la admisión de tal modificación por parte de los actores.

Descartada la verosimilitud de la prueba testifical propuesta y practicada a instancias de la Comunidad demandada para demostrar la existencia del referido pacto de modificación de la contribución a los gastos comunitarios, dado el notorio y evidente interés de los testigos en su reconocimiento, y no existiendo prueba documental alguna a modo de acta o documento privado que refleje tal acuerdo unánime de los propietarios y su consentimiento por los actores, tampoco los distintos apuntes de la libreta de ahorro de La Caixa (F. 139-151) relativos a la cuenta de la comunidad permiten llegar a la conclusión alcanzada por la Juez a quo de la exclusión de determinados gastos comunes por parte del local comercial, no si consideramos que son comunes los propietarios del local comercial y de los pisos primero y segundo, que no se ha aportado justificación documental alguna de los gastos a los que se refieren los apuntes, que obran escritos a mano en los márgenes de las hojas indicaciones de parte que no pueden admitirse válidas y que falta la justificación correlativa de liquidaciones aprobadas por la Junta. No es posible, en estos términos, deducir la existencia de una cláusula exoneratoria de contribución a los gastos comunitarios y menos aún, que tal sistema fuera aceptado por los actores que ni estaban en posesión de la libreta, ni pudieron tener acceso a la misma aunque figuren como cotitulares o autorizados y a los que nunca se les facilitó liquidaciones de los gastos comunes porque no se redactaban por la comunidad.

Asimismo, la sentencia recurrida concluye el pacto de exclusión del local comercial de contribuir a los gastos de sostenimiento del zaguán y la escalera del inmueble afirmando que los actores, informados de dicho pacto, desde el momento de adquirir su vivienda en 2004 hasta el año 2011 ninguna objeción hicieron al respecto, consintiendo dicho sistema de distribución al tener acceso a la libreta bancaria de la comunidad como autorizados. Pero ni resulta debidamente probada la información a los actores del citado pacto, desde luego ninguna referencia al mismo se hizo constar en la escritura de compraventa, ni el hecho de que vinieran satisfaciendo sus cuotas comunitarias entre 2004 y 2011 sin objeción alguna constituye un acuerdo inequívoco de los copropietarios a modificar los estatutos derivado de sus actos propios, pues el hecho de que se realizaran tales pagos y no se impugnaran los presupuestos y cuentas de la Comunidad, que ni siquiera se realizaban, solamente permite apreciar, como máxime, una tolerancia ante una práctica inadecuada que es suficiente aceptación de hecho para evitar la impugnación de un acuerdo similar adoptado en Junta anterior ( STS, Sala 1ª, Núm. 1094/2004, de 16 Nov . ).

En atención a cuanto queda expuesto, ha de calificarse de incorrecta la conclusión de la Juez de instancia respecto a que los acuerdos que impugnan los demandantes se ajustan a lo prevenido en el título constitutivo de la Comunidad y acuerdos comunitarios en cuanto al establecimiento de una cláusula de exclusión en la distribución de gastos comunes para el local comercial, por lo que siendo tales acuerdos contrarios a la ley, deben declararse nulos, con estimación en este sentido del recurso de apelación interpuesto.

**III.- Recurso de apelación de la Comunidad de Propietarios demandada.**

**TERCERO**.- La Comunidad de Propietarios demandada recurre la Sentencia dictada en primer grado jurisdiccional en el particular relativo a la nulidad del acuerdo comunitario que denegaba la autorización para la construcción por los actores de una caseta en la terraza comunitaria (punto 4 Junta Extraordinaria de 8/08/11) al considerar la Juez a quo que tal acuerdo fue infundado y adoptado con abuso de derecho, ya que la petición de construir un trastero de semejantes características a los preexistentes suponía equiparar a todos los copropietarios en prestaciones y la construcción debía soportarse fundamentalmente por los moradores del tercer piso. La Comunidad de Propietarios demandada solicita de esta Sala la parcial revocación de la Sentencia y el dictado de otra nueva por la que se deje sin efecto tal pronunciamiento, y lo hace alegando como único motivo del recurso la no concurrencia en el supuesto contemplado de discriminación ni abuso de derecho.

Así las cosas, no cabe duda de que la construcción de una caseta en terraza superior del edificio es una obra que comporta un cambio evidente en la configuración y estado exterior del inmueble y conlleva la alteración de un elemento común como es la terraza del mismo, de la que modifica su estética y estilo arquitectónico, por lo que independientemente de la consideración técnica que aquella obra pueda merecer y de la presencia de otras casetas similares, no cabe duda de que la misma supone una extralimitación de la facultad conferida al propietario por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal y sometida por tanto al régimen de autorización de la Junta de Propietarios, al que se refiere el art. 17.1 de la misma, que no ha sido concedida por unanimidad.

Ahora bien, la Sentencia de instancia, sin desconocer todo lo anterior, consideró que dicho acuerdo no estaba fundado (no se afirmó la falta de espacio suficiente, ni peligro para la estabilidad del edificio, ni se dio razón alguna de su negativa), por lo que debía considerarse adoptado con abuso de derecho, dada la existencia de otros trasteros semejantes y que ello suponía equiparar a todos los copropietarios en prestaciones.

Esta Sala debe compartir las razones expuestas en la Sentencia de instancia para sostener que se ha producido un abuso de derecho, porque aún siendo legítimo el interés de la Comunidad en que no se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de uno de los comuneros, la situación de hecho existente, con la coexistencia de otras dos casetas similares a la que pretendían los actores instalar y para la que solicitaron autorización a la Comunidad, impide apreciar la defensa de ese interés por la Comunidad dado que la construcción no supondría ningún perjuicio sobre el aspecto o contenido de los elementos comunes que se pretende evitar a través de la denegación de la autorización, produciéndose, por el contrario, un agravio5 comparativo respecto del resto de propietarios de la edificación que poseen y usan casetas en la terraza sin que conste acuerdo comunitario alguno autorizando dicha construcción ni obrar tales elementos en el título constitutivo, quebrando la protección concedida por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal cuando, como sucede en este caso, se discrimina a un determinado comunero, por lo que, además de no contar la terraza o configuración exterior con ningún tipo de uniformidad, la Comunidad trata en distinta forma a determinados propietarios, siendo discriminatorio que se persigan unas modificaciones y se olviden otras, o se pretenda una apresurada legalización a posteri . Situación que es flagrantemente discriminatoria y, además, constitutiva de abuso de derecho, y que viene directamente relacionado con la regla que decreta la inadmisibilidad de "venire contra factum propium", pues la actora no puede consentir o tolerar la existencia de determinadas obras, siquiera se efectuaran con anterioridad a formar parte los actores de la Comunidad de Propietarios, y actuar frente a otras.

Y es que resulta aplicable en este supuesto la doctrina de la legitimidad de las obras de cerramiento (en el caso la construcción de una caseta en la terraza) cuando una generalidad de infracciones por parte del resto de comuneros mas o menos tolerada o consentida por la Comunidad de Propietarios viene a introducir un factor de homogeneización, bien porque la Comunidad actúe contra sus propios actos, bien por el consentimiento tácito de la Comunidad con ejercicio tardío y desleal del Derecho ( SSTS, Sala 1ª, de 16 Oct. 1992 y 23 Jul. 2004 ), bien por la actuación de la Comunidad contra el principio de igualdad en cuanto el trato discriminatorio entre comuneros carente de la suficiente justificación que constituye un verdadero abuso de derecho ( SSTS, Sala 1ª, de 31 Oct. 1990 y 5 Mar. 1998 ).

En definitiva, apreciándose abuso de derecho en el acuerdo que denegó a los actores la autorización para la construcción de una caseta en la terraza del edificio, debe afirmarse su nulidad, lo que conduce a que el recurso que la cuestiona sea desestimado.

**IV.- En materia de costas procesales.**

**CUARTO**.- Por lo expuesto y a tenor de cuantas consideraciones se han vertido anteriormente procede, con la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes Don Juan Ignacio y Doña Daniela , y la desestimación del recurso de apelación formulado por la Comunidad de Propietarios demandada, la parcial revocación de la resolución recurrida en el sólo sentido de declarar la nulidad de los acuerdos relativos al sistema de contribución a los gastos comunitarios, lo que conduce a que la demanda sea estimada en su integridad con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada ( art. 394.2 LEC ) y a que en relación con las costas de esta alzada, no se haga especial declaración de las devengadas por el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y que se impongan a la Comunidad demandada las derivadas de su recurso de apelación desestimado, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

**FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Juan Ignacio y Doña Daniela , y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Propietarios del Edificio de la CALLE000 nº NUM000 de Benicarló, contra la Sentencia dictada el día 25 de octubre de 2012 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 5 de Vinarós, en los autos de Juicio Ordinario Núm. 726 del año 2.011, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada Sentencia, y en su lugar, estimamos la demanda formulada por la representación procesal de Don Juan Ignacio y Doña Daniela contra la Comunidad de Propietarios del Edificio de la CALLE000 nº NUM000 de Benicarló, y declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados en el punto 3 de la Junta Extraordinaria de la Comunidad celebrada el día 8 de junio de 2011, y de los acuerdos adoptados en los puntos 2, 3 y 4 de la Junta Extraordinaria de la Comunidad de fecha 8 de agosto de 2011 relativos al sistema de contribución a los gastos comunitarios y denegación de autorización para construcción de caseta en la terraza, condenando a la Comunidad de Propietarios referida a estar y pasar por dichas declaraciones, con imposición a la parte demandada de las costas devengadas en primera instancia. Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto Don Juan Ignacio y Doña Daniela , y con imposición a la Comunidad de Propietarios demandada de las costas devengadas por su recurso..

Devuélvase a los recurrentes Don Juan Ignacio y Doña Daniela el depósito constituido para recurrir. Y se declara perdido para la Comunidad de Propietarios recurrente el depósito constituido para poder recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.6

Notifíquese esta Sentencia a las partes y expídase testimonio de la misma que, junto a los autos originales, se devolverá al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.