



Roj: **SAP Z 2530/2010 - ECLI:ES:APZ:2010:2530**

Id Cendoj: **50297370052010100462**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **02/11/2010**

Nº de Recurso: **611/2010**

Nº de Resolución: **644/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER SEOANE PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00644/2010

SENTENCIA núm. 644/2010

Ilmos. Señores:

Presidente:

D. JAVIER SEOANE PRADO

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. JOSE ALBERTO NICOLAS BERNAD

En Zaragoza, a dos de noviembre de dos mil diez.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1976/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 611/2010, en los que aparece como parte apelante, D. Clemente , D. Fructuoso , D^a Elisabeth , D. Manuel y D^a Marina , representados por el Procurador de los tribunales, D. ALBERTO JAVIER BOZAL CORTES, asistido por el Letrado D. VICTOR BAQUEDANO CASTARLENAS, y como parte apelada, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 , NUM001 , representado por el Procurador de los tribunales, D^a MARIA PILAR ARTERO FERNANDO, asistido por el Letrado D. JESUS MIÑANA OSTARIZ, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. SR. D. JAVIER SEOANE PRADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 27 de mayo de 2010 , cuyo FALLO es del tenor literal: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurado D. ALBERTO BOZAL CORTES, en representación de D. Clemente , D. Fructuoso , D^a Elisabeth , D. Manuel y D^a Marina , contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CASA N^o NUM000 - NUM002 - NUM001 DE LA DIRECCION000 DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora D^a M^a PILAR ARTERO FERNANDO, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones de la demanda contra ella entablada, con imposición de las costas a los actores; asimismo, estimando la demanda reconventional planteada de contrario, debo condenar y condeno a los reconvenidos a que pague solidariamente a la reconvincente la suma de 10.233,19 euros, más los intereses legales y las costas procesales".



SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de D. Clemente , D. Fructuoso , D^a Elisabeth , D. Manuel y D^a Marina , se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos en esta Sección los autos y las grabaciones audiovisuales de los actos procesales de la audiencia previa y el acto del juicio y, una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado y, tras los trámites legales, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 25 de octubre de 2010.

CUARTO.- En la tramitación estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Los actores reconvinientes recurren la sentencia de primer grado que desestimó la demanda que interpusieron contra la comunidad de propietarios constituida sobre el edificio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 - NUM002 y NUM001 , en que impugnaban el acuerdo alcanzado por dicha comunidad en la junta de 2-6-2009, que aprobaba la determinación de la deuda que mantenían con ella por gastos comunes, solicitaba la declaración de que dicha liquidación era contraria al art. 2 de los estatutos privativos, y que en ningún caso corresponde contribuir a los gastos de los ascensores al los propietarios de los sótanos, y que estimó, en cambio, la demanda reconventional en la que dicha comunidad les reclamaba la deuda pendiente por importe de 9.305'20 € como propietarios de un **local** en la planta sótano cuya propiedad fue reconocida por sentencia de 28-5-1999, dictada en el procedimiento nº 606/1998, seguido ante el juzgado de primera instancia nº 7, que fue confirmada por la del TS de fecha 1-2-2007.

La Sentencia de primer grado rechazó la demanda principal por estimar la excepción de falta de legitimación activa de los actores por no hallarse al corriente en el pago de las deudas vencidas con la comunidad, lo que conforme al art. 18.2 LPH les privaba de dicha legitimación, y dio lugar a la demanda reconventional por entender que desde la fecha de la sentencia de casación los reconvenidos deben participar en los gastos aprobados por la comunidad conforme a la cuota de participación que les corresponde como propietarios del **local**, sin que a ello se oponga en al art. 2 de los estatutos, pues los gastos reclamados responden a los efectuados por la comunidad para la instalación de ascensores, tales elementos no se hallaban al tiempo del otorgamiento de la escritura de obra nueva en que se insertan, por lo que no puede haber sido prevista la exención de su pago para ninguno de los comuneros, y que, en cualquier caso, tal clase de excepciones han de ser interpretadas con carácter restrictivo y distinguiendo entre los gastos de conservación y mantenimiento de los de instalación.

Seis son los motivos de apelación que se hacen valer contra la sentencia: 1) Infracción del artículo 18.2 LPH en cuanto estima la excepción de falta de legitimación alguna, que había sido ya desestimada en la audiencia previa; 2) error por inaplicación y vulneración del **art. 9.1 LPH**, en tanto que la liquidación de la deuda reclamada fue llevada a cabo mediante la aplicación de unos coeficientes de participación que no fueron fijados sino hasta el 27-10-2008 en el que el registro de la propiedad tomó razón del auto de fecha 2-5-2008 por el que se emitió la declaración sustitutiva del acuerdo comunitario para la rectificación del título constitutivo a fin de incorporar como elemento privativo el **local** cuya propiedad fue reconocida en las citadas sentencias, con la asignación de la correspondiente cuota de participación; 3) error por inaplicación del artículo 2 de los estatutos de la comunidad ; 4) error por inaplicación del art. 11 LPH , en cuanto impone a los comuneros disidentes el coste de nuevas instalaciones no exigibles; 5) improcedencia de las cuentas realizadas por la comunidad por ser incorrectas, a cuyo efecto insiste en que tan solo le son reclamables gastos comunes desde el momento en que fue fijada su cuota de participación, que lo habría sido en el auto de mayo de 2008; y, finalmente, 6) como último motivo de apelación sostiene que como la comunidad en su junta impugnada aprobó una liquidación en su contra de 9.305'20 €, ni ella podía reclamar en su demanda la suma de 10.233'19 €, ni la sentencia concederla en su totalidad, por ser ello contrario a la doctrina de los actos propios.

Este último motivo supone la introducción de una cuestión nueva, que no ha sido alegada en primera instancia, por lo que no puede ser objeto de estudio en esta alzada en virtud del principio de apelación limitada que establece el art. 456 LEC (STS 750/2005 , 95/2007 ...), por lo que solo han de ser objeto de estudio los cinco primeros.

En cualquier caso, el alegato no sería de acoger, pues el importe de la deuda aprobado en la junta se refiere al vencido al día de su fecha, estos es, el 2-6- 2009, y la como indica la reconviniente en el segundo de los hechos de su reconvenición, la suma pedida en ella es la debida al tiempo en que fue formulada, esto es, el



día 23-11-2009, y que se contiene en la certificación expedida por el administrador de la comunidad que es aportada como documento nº 1 de la reconvención.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al primero de los motivos de apelación.

El artículo 18.2 LPH fue modificado por la L 87/1999, que tenía como una de las finalidades la lucha contra la morosidad de los comuneros, de ahí que estableciera como uno de los mecanismos a tal fin que "Para impugnar los acuerdos de la junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial", con la única excepción de los acuerdos relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación, regla que excluye toda discusión acerca de la procedencia de los pagos reclamados por la comunidad, que no puede ser insertada en la fase de decisión sobre tal legitimación. La solución que previene la ley para el caso de disputa entre la comunidad y el comunero sobre la deuda es la consignación como alternativa al pago.

En la interpretación de tal norma, las AAPP han entendido que se trata de un requisito procesal de procedibilidad, y no de prosperabilidad o de fondo; que puede ser estimado de oficio; y que es insubsanable por ser de orden público procesal y que puede ser apreciado en sentencia de fondo (Madrid, secc, 11ª, 178/2010, de 24 de febrero y A Coruña, Sec. 6.ª, 381/2005, de 9 de septiembre); sin que falten resoluciones que entienden, además, que corresponde al impugnante acreditar que se halla al corriente en sus pagos a la comunidad (SAP Granada, Sec. 4.ª, 360/2005, de 13 de junio).

Sentando lo anterior, el argumento empleado en el recurso de que consignó al tiempo de la demanda la suma de 393'15 € que estimo como la debida por los recurrentes no puede prosperar, pues debió haber consignado la totalidad de la que le era reclamado por la comunidad, y que resulta de la certificación expedida por su administrador que obra al folio 278 de los autos.

TERCERO.- El segundo motivo de apelación sostiene error por inaplicación y vulneración del **art. 9.1 LPH**, en tanto que la liquidación de la deuda reclamada fue llevada a cabo mediante la aplicación de unos coeficientes de participación que no habían sido fijados todavía al tiempo en que se retrotrae dicha liquidación.

Sostienen los recurrentes que no puede ser incluido en la liquidación pago alguno devengado con anterioridad a la fecha en que fue tomada razón en el registro del auto de 20-5-2008 que sustituía la voluntad de la comunidad para la rectificación de la declaración de obra nueva conforme a lo resuelto en las resoluciones judiciales, lo que no ocurrió hasta el día 27-10-2009.

Pues bien, contra lo que afirma el recurso, la lectura del acta de la junta de la comunidad celebrada el día 11-4-2007, en concreto, de su punto quinto, evidencia que en dicha fecha fue acordada la acomodación del reparto de los gastos comunes a lo decidido en el anterior juicio, en el que ya la sentencia de primer grado de 1999 indicaba la cuota de participación que correspondía al **local** cuya propiedad se reconocía en dichos pronunciamientos, si bien en relación con el dictamen pericial aportado por los actores en aquellos autos. Pero es que aunque ello no fuere así, la falta de la declaración de voluntad de rectificación de la escritura de obra nueva con el consiguiente cambio de las cuotas de participación al incluir la que correspondía a la propiedad de los recurrentes no impedía la plena eficacia de las resolución judicial una vez ganada firmeza con la sentencia de casación, pues tales actuaciones no son sino la formalización de la situación jurídica reconocida judicialmente, esto es, la propiedad del sótano de constante mención y la atribución del coeficiente de participación en los gastos comunes que les correspondía, y es criterio legal (art. 2 LPH) y doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la aplicación del régimen de propiedad horizontal es pertinente en todo caso en que se de la situación prevenida en el art. 1 LPH . (sap Zaragoza 29-7-2002 , 11-3-2005 , Valencia 15-6-2005 , Madrid, 6-7-2005 ...).

CUARTO.- El tercero de los motivos de apelación afirma error en que habría incurrido la sentencia por inaplicación del artículo 2 de los estatutos de la comunidad.

Según dicho artículo:

"Los locales situados en la planta sótano contribuirán únicamente a los gastos ocasionados por la conservación y alumbrado del portal y zaguán de la casa B; y los locales de la planta primera, contribuirán a los gastos ocasionados por la conservación y alumbrado del portal, zaguán y escaleras de la casa en la que respectivamente están situados".

Como con acierto razona la juzgadora de primer grado, ni dicho precepto ni los estatutos en general dicen nada sobre gastos de **ascensor**, en tanto que el mismo no se hallaba instalado al tiempo del otorgamiento de la declaración de obra nueva en el año 1974, sino que fue instalado con posterioridad por lo comuneros que así lo acordaron en junta, por lo que difícilmente dichos estatutos pueden servir a los efectos de incluir una excepción de uno de los comuneros en la contribución de los gastos comunes, entre los que se incluyen los de instalación



de un **ascensor**, que, como con igual acierto razona la juzgadora de primer grado, salvo disposición expresa de los estatutos, son de cargo de todos los comuneros, con independencia del uso que pudieran hacer del mismo, pues suponen una revaloración general del inmueble (SAP Zaragoza, 74/2007 , 220/2009 , 341/2008)

QUINTO.- El cuarto motivo de recurso sostiene que la sentencia incurre en error por inaplicación del art. 11 LPH , en cuanto impone a los comuneros disidentes el coste de nuevas instalaciones no exigibles.

Pues bien es doctrina sentada por las resoluciones acabadas de citar, que la instalación de un **ascensor** no implica una mejora no exigible de las reguladas en el precepto que se dice infringido, sino que se halla sometido al régimen establecido en el art. 17.1 LPH , que incluye entre los nuevos servicios a que se refiere los de **ascensor**, por lo que no es de apreciar la infracción en se fundamenta el recurso que se analiza, por ello, adoptado el acuerdo de instalación, de los ascensores en las serie de juntas celebradas los días 11-4-2007, 3-6-2008 y 13-11-2008, así como la forma en que la misma ha de ser abonada por los comuneros, todos ellos, incluso los disidentes, se hallan obligados por acuerdo comunitario, por lo que no pueden oponerse al pago bajo excusa de su discrepancia con la mayoría.

SEXTO.- El quinto motivo de apelación sostiene errónea determinación de de la deuda en la liquidación aprobada por la comunidad.

Pues bien, la liquidación ha sido aprobada en la junta general a cuya impugnación no se ha dado lugar por falta de legitimación de los recurrentes, y se halla respaldada por el dictamen pericial practicado en autos a instancia de las parte actora por el Sr. Administrador de Fincas Sr. Luis Pablo , frente al que los recurrentes no aportan otro elemento de contraste que su propio y particular parecer, en el que critican aquél informe por dar por buenos los recibos presentados por la comunidad de propietarios y la liquidación que ésta hace de la deuda sin atenerse a sus propios criterios en cuanto a la fecha a partir de la cuál, y los concretos conceptos que, pueden serle reclamados los gastos comunes, pero los criterios con los que los recurrentes contrastan el dictamen pericial han sido ya rechazados en los anteriores razonamientos.

De de lo dicho es excepción el alegato que se contiene en el motivo sobre la improcedencia de reclamar a los actores cualquier gasto de conservación de una de las escaleras, o casas como se denomina en el escritura de obra nueva, que integra la comunidad, pues conforme a art. 2 de los estatutos más arriba transcrito, lo locales del sótano no los deben por la casa A y sí solo por la B.

El argumento olvida que nada en la sentencia que declara la propiedad de los actores sobre dicho sótano ni de las resoluciones dictadas en ejecución de la misma, permite adscribir el sótano litigioso a ninguna de las dos casas o escaleras, pues se le asigna el ordinal 37 de los elementos privativos, añadiendo uno a los 36 descritos en la escritura objeto de rectificación, sin indicar a cuál de las casa pertenece, de ahí que la comunidad haya optado por distribuir el coeficiente de participación adjudicado al repetido **local** - 1,9913057665- entre las dos casas, como es de ver el reparto del presupuesto de la comunidad que obra a los folios 184 y 185 de los autos, y que fue aportado con la demanda como documentos 36 y 37 y se recoge en el dictamen pericial aportado por la actora, en que distingue entre **local** 37 A y 37 B.

En consecuencia con todo lo dicho, procede la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC , y el depósito constituido para recurrir por la DA 15 LOPJ .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 27-5-2010 dictada por la Ilma. Sra. Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 1 en los autos nº 1976/2009, que confirmamos en su integridad.

Imponemos las costas de esta alzada, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal, a la parte recurrente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.