



Roj: **STS 25/2022 - ECLI:ES:TS:2022:25**

Id Cendoj: **28079110012022100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/01/2022**

Nº de Recurso: **5912/2018**

Nº de Resolución: **7/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14004/2018,**  
**STS 25/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 7/2022**

Fecha de sentencia: 07/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5912/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5912/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 7/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 7 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2018, dictada en recurso de apelación 773/2017, de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 622/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Colmenar; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Famestra S.L., representada en las instancias por el procurador D. Federico Briones Méndez, bajo la dirección letrada de D. Higinio García Pi, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Jaime Briones Sanz en calidad de recurrente y en sustitución del procurador D. Federico Briones Méndez por jubilación, y en calidad de recurrido se persona la entidad Día Retail España, S.A.U. (anteriormente denominada Twins Alimentación S.A.), representada por el procurador D. Jaime Hernández Urizar, bajo la dirección letrada de Dña. Cecilia María Rosende Villar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La entidad mercantil Famestra S.L., representada por el procurador D. Federico Briones Méndez y bajo la dirección letrada de D. Higinio A. García Pi, interpuso demanda de juicio ordinario, de acción de rectificación registral y modificación de coeficientes de participación, contra D. Fernando y Dña. Amalia, Bucket List Invest S.L., D. Hernan, Siroyva S.L., Ing Lease España EFC S.A., Twins Alimentación S.A., Banco de Santander Central Hispano S.A., Asesorías de Enseñanza S.L., Grubbau S.A., Wok Fusion S.L., y por último la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos, y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se acuerde:

"a) La rectificación registral y declarar la modificación de las siguientes escrituras públicas del edificio sito en la PLAZA000, NUM000 de Tres Cantos (Madrid), en lo que respecta a la cuota o coeficiente de participación asignado en gastos:

"Escritura de constitución de obra nueva y complemento de división horizontal otorgada el 23 de diciembre de 1.998 ante el notario D. Emilio Garrido Cerdá, con su n.º de protocolo 4.851/98, con objeto de dividir el local 8 (Doc. 8 de la demanda).

"Escritura de declaración de constitución régimen Subcomunidad otorgada el 18 de octubre de 1.999, ante el notario D. Emilio Garrido Cerdá, con su n.º de protocolo 3.622/99, para las subdivisiones de los locales 8.9 y 8.10 (Doc. 10 de la demanda).

"b) Se modifiquen las cuotas de participación de la división horizontal de los locales pertenecientes a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, sitos en la PLAZA000, NUM000 en Tres Cantos (Madrid), atribuyendo el porcentaje de cuotas de participación en gastos, de conformidad con lo dictaminado en el informe pericial obrante al núm. 16 de los documentos de la presente demanda. Y en concreto:

"Para el local 8.1, un 0,1361% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM001 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM004, inscripción 3.ª.

"Para el local 8.2, un 0,2407% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM005 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM006, inscripción 5.ª.

"Para el local 8.3, un 0,1547% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM007 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM008, inscripción 3.ª.

"Para el local 8.4, un 0,3983% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM009 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM010, inscripción 4.ª.

"Para el local 8.5, un 11,3237% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM011 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM012, inscripción 3.ª.

"Para el local 8.6, un 0,2966% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM013 inscrita en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM014, inscripción 4.ª.

"Para el local 8.7, un 0,0533% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM015 inscrita en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM016, inscripción 5.ª.



- "Para el local 8.8, un 0,1943% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM017 inscrita en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM018, inscripción 3.ª.
- "Para el local 8.9.1, un 0,9088% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM019 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM022, inscripción 3.ª.
- "Para el local 8.9.2, un 0,5896% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM023 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM024, inscripción 6.ª.
- "Para el local 8.9.3, un 1,6519% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM025 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM026, inscripción 6.ª.
- "Para el local 8.9.4, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM027 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM028, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.5, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM029 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM030, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.6, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM031 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM032, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.7, un 0,7115% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM033 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM034, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.8, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM035 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM036, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.9, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM037 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM038, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.10, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM039 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM040, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.11, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM041 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM042, inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.10.1, un 0,8460% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM043 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM044, inscripción 3.ª.
- "Para el local 8.10.2, un 0,7873% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM045 inscrita en el Registro de la Propiedad de n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM046, inscripción 6.ª.
- "c) Que los demandados deberán abonar los gastos de rectificación registral y modificación de coeficientes de participación, correspondiente a cada uno de ellos, respecto a los locales de su propiedad.
- "d) Que las cuotas comunitarias impagadas y reclamadas que se vayan devengando a partir de la fecha de interposición de la presente demanda, habrán de sufrir los aumentos o rebajas que procedan, en atención a los nuevos coeficientes de participación que resulten de la propuesta de modificación instada.
- "e) Todo ello con expresa condena en intereses y costas a los demandados".
- 2.-** Se admitió a trámite la demanda por decreto de 11 de octubre de 2013, acordando el emplazamiento a las partes. En primer lugar se personó en las actuaciones la entidad demandada y emplazada Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos, del Centro Comercial DIRECCION000, representada por el procurador D. Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Fonseca Vega, y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:
- "Por la que se desestime íntegramente la demandada (sic) imponiéndole las costas de este juicio".
- 3.-** Posteriormente, el procurador D. Federico Briones Méndez, en nombre de la demandante Famestra S.L., desistió de la acción formulada contra ING Lease España Sociedad Unipersonal, exponiendo las causas del desistimiento en su escrito.
- 4.-** En segundo lugar compareció en las actuaciones la entidad Asesorías de Enseñanza S.L., representada por el procurador D. Jaime Hernández Urizar, bajo la dirección letrada de D. Félix Fernández Tinoco y se allanó a todas las pretensiones de la actora, manifestando que no debía condenársele en costas conforme al art. 395 de la LEC. Posteriormente se personó en representación de esta entidad el procurador Braulio Matellano Martín en sustitución del anterior.



5.- Se personó por último la entidad Twins Alimentación S.A., representada por el procurador D. Jaime Hernández Urizar y bajo la dirección letrada de Dña. Isabel María Arias Brizuela y D. Gonzalo de la Torre Ysasi-Isasmendi, y contestó a la demanda solicitando sentencia:

"Por la que desestime íntegramente la demanda formulada de contrario, con expresa imposición de costas a la actora".

6.- En fecha 2 de septiembre de 2015, mediante diligencia de ordenación, se declaró en situación de rebeldía procesal a los demandados D. Fernando , Dña. Amalia , Bucket List Invest S.L., D. Hernan , Siroyva S.L., Banco Santander S.A., Gruppbau S.A., Wok Fusion S.L., al no constar personados y haber transcurrido el término para contestar a la demanda.

7.- Posteriormente se personó en actuaciones el demandado declarado rebelde Banco Santander S.A., bajo la representación del procurador D. Javier García Guillén, a quien se le tuvo por personado mediante diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2016.

8.- En fecha 11 de marzo de 2016, se dictó auto estimando excepción de falta de legitimación activa de la demandante Famestra S.L., invocada por la codemandada Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 de Tres Cantos, y acordando el sobreseimiento de las actuaciones, este auto fue recurrido en apelación por la demandante y dejado sin efecto por auto de la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, el 12 de enero de 2017, el cual desestimó la excepción de falta de legitimación activa y ordenó la continuación de la audiencia en la que se estimó esa excepción a los fines propios de la misma.

9.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Colmenar Viejo se dictó sentencia, con fecha 14 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador Sr. Briones en representación de Famestra, S.L., contra: D. Fernando y Dña. Amalia ; Bucket Invest, S.L.; D. Hernan ; Siroyva, S.L.; ING Lease España EFC, S.A.; Twins Alimentación, S.A.; Banco de Santander Central Hispano, S.A.; Asesorías de Enseñanza, S.L.; ORUPBAU, S.A.; Wok Fusion, S.L.; y, Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos, y en consecuencia:

"I. Declaro procedente la modificación de las siguientes escrituras públicas con la consiguiente rectificación registral en lo relativo a la cuota participación en gastos:

"Escritura de Constitución obra nueva y complemento de división horizontal otorgada el 23 de diciembre de 1.998 ante el Notario D. Emilio Garrido Cerdá, con su n.º de protocolo 4851/98, con objeto dividir el local 8.

"Escritura de Declaración Constitución Régimen Subcomunidad otorgada el 18 octubre 1999, ante el notario D. Emilio Garrido Cerdá, con su núm. de protocolo 3.622/99, para las subdivisiones de los locales 8.9 y 8.10.

"II. Declaro procedente la modificación de las cuotas de participación en gastos de los siguientes locales integrados en la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos:

"Para el local 8.1, un 0,1361% de coeficiente de participación en gastos. Finca n.º NUM001 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM004, inscripción 3.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.2, un 0,2407% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM005 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM006, inscripción 5.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.3, un 0,1547% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM007 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM008, inscripción 3.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.4, un 0,3983% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM009 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM010, inscripción 4.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.5, un 11,3237% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM011 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM012, inscripción 3.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.6, un 0,2966% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM013 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM014, inscripción 4.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.7, un 0,0533% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM015 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM016, inscripción 5.<sup>a</sup>.

"Para el local 8.8, un 0,1943% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM017 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM018, inscripción 3.<sup>a</sup>.



- "Para el local 8.9.1, un 0,9088% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM019 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM022 , inscripción 3.ª.
- "Para el local 8.9.2, un 0,5896% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM023 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM024 , inscripción 6.ª.
- "Para el local 8.9.3, un 1,6519% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM025 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM026 , inscripción 6.ª.
- "Para el local 8.9.4, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM027 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM028 , inscripción 4.ª.
- "Para el local 8.9.5, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM029 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM030 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.6, un 1,5248% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM031 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM032 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.7, un 0,7115% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM033 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM034 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.8, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM035 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM036 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.9, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM037 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM038 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.10, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM039 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM040 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.9.11, un 0,4066% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM041 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM042 , inscripción 2.ª.
- "Para el local 8.10.1, un 0,8460% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM043 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM044 , inscripción 3.ª.
- "Para el local 8.10.2, un 0,7873% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM045 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, al Tomo NUM020 , libro NUM021 , folio NUM046 , inscripción 6.ª.
- "III. Declaro que los gastos que puedan generarse como consecuencia de lo acordado en esta resolución serán satisfechos por los titulares de los inmuebles afectados según sus respectivos derechos de propiedad.
- "IV. Condeno a las partes a pasar por las anteriores declaraciones.
- "V. y lo anterior sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas".
- Y se denegaron aclaraciones por autos de fecha 24 de julio de 2017 y de 23 de abril de 2018, y aclarando error aritmético en la misma por auto de fecha 6 de junio de 2018, en cuya parte dispositiva se indica:
- "Se rectifica la sentencia de fecha 14/07/2017 en los términos siguientes:
- ""Para el local 8.2, un 0,2407% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM005 inscrita..."
- ""Para el local 8.7, un 0,0533% de coeficiente de partición en gastos. Finca n.º NUM047 ..."
- ""Para el local 8.9.3, un 1,6569% de coeficiente de partición de gastos...""
- SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante Famestra S.L. y por el demandado Twins Alimentación S.A., la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 13 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:
- "Fallamos:
- "1.º- Como simple corrección de error material de la sentencia de primera instancia, declaramos absolutamente ineficaz y sin valor alguno la mención que en ella se contiene sobre la inicial codemandada ING Lease España E.F.C.S.S.
- "2.º- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Famestra, S.L., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Colmenar Viejo en procedimiento ordinario núm. 622/2013.



"3.º- Estimamos el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia por Twins Alimentación, S.A., y, en su virtud, desestimamos la demanda interpuesta por Famestra, S.L. que dio origen al referido procedimiento ordinario.

"Imponemos a la demandante las costas causadas en primera instancia, así como las causadas por la interposición y tramitación de su recurso de apelación.

"No hacemos imposición de las ocasionadas por la interposición y tramitación del recurso de apelación interpuesto por Twins Alimentación S.A.".

**TERCERO.- 1.-** Por la entidad mercantil Famestra S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero y único.- Fundado en la infracción del art. 217 LEC (carga de prueba).

El recurso de casación basado en:

Motivo primero (numerado en el recurso como segundo).- Por infracción del art. 7.1 del Código Civil, en relación con el principio de actos propios, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

Motivo segundo (numerado en el recurso como tercero).- Por infracción del art. 5, apartados 2.º y 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de marzo de 2021, se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Jaime Hernández Urizar, en nombre y representación de la entidad Día Retail España S.A.U. (anteriormente denominada Twins Alimentación S.A.), presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes* .

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, Famestra, S.L. interpone demanda contra Twins Alimentación, S.A., C.P. Centro Institucional y Recreativo de Tres Cantos, Banco Santander, S.A., Bucket List Invest, S.L., D. Fernando , Asesorías de Enseñanza, S.L., Siroyva, S.L., D. Hernan , Dña. Amalia , Grupbau, S.A y Wok Fusión, S.L. La demandante pretende en este proceso la rectificación de las cuotas de participación asignadas para distribución de los gastos de las fincas resultantes de la subdivisión del local núm. 8 del Centro Comercial DIRECCION000 , situado en PLAZA000 , NUM000 , de Tres Cantos y que se integran en la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos. Los locales de su propiedad son los señalados con los números 8.9.4, 8.9.5, 8.9.6, 8.9.9, 8.9.10 y 8.9.11 (todos ellos de la segunda fase); y se considera perjudicada por lo que califica como incorrecto cálculo que afecta en concreto al local 8 (segunda fase), que a su vez se subdivide en 10 locales (8.1 a 8.10). Y a su vez el local 8.9 se subdivide en 11 locales (8.9.1 a 8.9.11) y el local 8.10 en dos locales (8.10.1 y 8.10.2). La cuota de participación en la copropiedad del local 8 (con todas sus divisiones y subdivisiones) es del 33,3398% y su cuota total de participación en gastos es de 24,4986%. La demandante no discute estos porcentajes totales, pero sí se opone a la distribución que se hace de los gastos entre los diferentes locales que integran el local 8. En particular señala como injustificada y desproporcionada la asignación de la cuota de participación de gastos que se hace respecto del local 8.5 propiedad de la codemandada Twins y en el que se ubica un supermercado de la marca Día. Y así, llama especialmente la atención que con una superficie de 1.317,32 metros cuadrados y un porcentaje de copropiedad del 15,4103%, tan sólo tenga una cuota de participación en gastos comunes del 2,50%, que considera simbólica. En definitiva, considera que el actual reparto de gastos no se ajusta a las previsiones legales y propone como alternativa la fijación según dictamen pericial que acompaña a la demanda, en el que el cálculo de las cuotas de participación en gastos se hace por estricta proporcionalidad con la superficie de los diferentes locales.



A la demanda se opusieron la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Tres Cantos, y Twins Alimentación S.A.. La primera se opuso a la demanda alegando su falta de legitimación pasiva y la falta de litisconsorcio pasivo necesario. En cuanto al fondo, invoca la doctrina de los actos propios al haber consentido la actora esta situación durante largo tiempo (trece años a la contestación de la demanda) así como retraso desleal en el ejercicio de la acción. La segunda, Twins Alimentación, S.A., se opuso a la demanda alegando que el art. 5 LPH autoriza la modificación por resolución judicial de las cuotas de copropiedad pero no las cuotas de participación en gastos que requieren acuerdo unánime de la junta de propietarios. Asimismo señala que el reparto de gastos actual está justificado por razón de la contribución que hacen los supermercados Día al centro comercial, atribuyéndose el apelativo de "locomotora".

Se allanó Asesorías de Enseñanza, S.L., y los demás demandados fueron declarados en rebeldía al no comparecer en tiempo y forma.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda considerando que no se había acreditado razón alguna para apartarse, en la determinación de participación en gastos, del criterio de la superficie, como módulo que considera más transparente, por lo que estimó la demanda, en cuanto a la rectificación propuesta de las cuotas, pero la desestimó en cuanto no confirió a su decisión el efecto retroactivo que pretendía la demandante en el sentido de que las consecuencias económicas tuvieran eficacia desde la demanda.

La sentencia es recurrida en apelación por la demandada Twins Alimentación S.A. y por la demandante Famestra S.L., aquélla solicita la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda; ésta, la plena estimación de su pretensión, con el conferimiento de efecto retroactivo a la modificación o rectificación acordada en sentencia, desde la interposición de la demanda. Los mentados recursos de apelación se han resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que hoy es objeto de los presentes recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, la cual desestima el recurso de apelación interpuesto por Famestra S.L. y estima el recurso de apelación interpuesto por Twins Alimentación S.A.. A tal fin, en su fundamento de derecho sexto se establece lo siguiente:

"[...] SEXTO,- Dicho esto, no podemos compartir el criterio que expone el Juez de Primera Instancia. Como acabamos de decir, con independencia de que el criterio de superficie pueda parecer, en términos generales o abstractos, más justo, lo que aquí está en juego es si la decisión que adoptaron los entonces dos únicos propietarios del local no 8, y luego la propietaria única del local 8.9, al fijar la contribución a los gastos, incurre en alguna ilegalidad. Y la respuesta es claramente negativa. En efecto, en primer término, la fijación se hizo por quienes tenían capacidad para ello, afecta y es oponible a terceros adquirentes, cualidad que concurre en la demandante, desde el momento en que quedó inscrito el título constitutivo en el Registro de la Propiedad. Y, desde el punto de vista objetivo, los Estatutos, también inscritos y también oponibles a los adquirentes, explican las razones por las que se adoptan criterios distintos para fijar la cuota de copropiedad y la cuota de contribución a los gastos. Ciertamente que no se desciende al detalle de especificar por qué a cada uno de los locales se les asigna una concreta cuota, dejando señaladas únicamente las razones generales de tal atribución, pero la Ley de Propiedad Horizontal, al reconocer el derecho a fijar las cuotas, no exige que haya tal razonamiento o especificación, de manera que tampoco por esta vía o desde este enfoque se advierte ilegalidad alguna. Y, en fin, la demandante al comprar, sabía cuál era la contribución que le correspondía a cada uno de los locales adquiridos, sin que pueda alegarse con fundamento ignorancia de la disparidad entre cuotas de copropiedad y cuotas de contribución a gastos, ni sobre las diferencias entre los diversos locales, cuando consta todo en el título constitutivo y se advierte de tal discrepancia en los Estatutos, documentos que pudo y debió conocer antes de decidirse a comprar. Hay, por un tanto, un elemento de seguridad jurídica que impide que, a sola voluntad de uno de los comuneros, se cambie aquello que válidamente forma parte esencial del régimen de la copropiedad. [...]"

Y en el fundamento de derecho séptimo, se establece lo siguiente:

"[...] La primera, en relación a la sentencia, se refiere a la carga de la prueba sobre la justificación del criterio adoptado para la fijación de la cuota de contribución a los gastos, En tal sentido, es a la demandante, que impugna tal fijación, a quien corresponde aducir y probar los hechos de los que derive la razón concreta de ilegalidad, no bastando con referirse al apartamiento del criterio de la superficie, pues ello, por sí solo, no es contrario a la Ley [...]"

Recorre en casación y por infracción procesal la parte demandante, Famestra S.L.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a la materia por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, se articula en dos motivos.



En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 7.1 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala 3015/1197, de 10 de junio, 1756/1997 de 10 de febrero de 2003, 194/2011 de 16 de febrero de 2012, y de 29 de enero de 2007. Argumenta la parte recurrente que, pese a lo afirmado por la sentencia recurrida, no existen actos propios que impidan a la hoy recurrente la posibilidad de solicitar la modificación judicial de las cuotas de participación. A tal fin indica que aunque comprara los locales por título de compraventa ello no implica que quede impedido para accionar la modificación judicial de las cuotas de participación que prevé el art. 5 Ley de Propiedad Horizontal, máxime cuando hay actos contrarios y posteriores a la compraventa, que confirman que la adquisición de los locales no estaba supeditada a admitir y consentir la fijación de cuotas de participación fijadas pues el mero hecho de comprar los inmuebles no comporta aceptación de las cuotas inicialmente fijadas, que implique no estar habilitado para su modificación.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 5, apartados 2.º y 4.º de la LPH, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala, 575/2005, de 5 de julio, de 11 de abril de 1995, Rec. 173/1992, 786/2009, de 11 de diciembre, y la sentencia de 29 de enero de 2007, Rec. 173/1992. Señala la parte recurrente que la sentencia recurrida entiende que la mera compra de los locales supone aceptación de las cuotas de participación en régimen de propiedad horizontal, sin poder instar válidamente su modificación, con lo que se está dejando inoperante, inaplicable y sin sentido en la práctica, la acción judicial para reclamación de cuotas de participación, pues lo frecuente, en cualquier comunidad de propietarios es que durante la vida útil de la misma, con posterioridad a la constitución del régimen de propiedad horizontal, haya numerosas transmisiones, enajenaciones, donaciones, adquisiciones, ventas o cualquier otro título *inter vivos* o *mortis causa*, donde el promotor único ya no lo sea, donde los primeros promotores o propietarios dejen de serlo, dónde los primeros comuneros no continúan, no son los mismos.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un motivo único, en el que al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, se alega la infracción del artículo 217 LEC, denunciando la infracción de las normas sobre la carga de la prueba. Indica la parte recurrente que hay un dictamen pericial (el único en autos y con ausencia probatoria de adverso), el cual, se basa en el criterio de superficie, sin que los criterios cuya modificación instamos, permitan valorarlo en igualdad de méritos, expliquen el alejamiento del criterio superficie u otro proporcional. Dicho de otra manera, los criterios fijados en el título comportan una percepción y valoración de difícil control mediante parámetros objetivos y de seguridad jurídica. Y a pesar de ello, la Sentencia impugnada, vulnera la carga de la prueba al estimar o concluir que no se ha probado un hecho básico, atribuyéndonos las consecuencias de la falta y ausencia de prueba a la parte, a quien no le correspondía el *onus probandi*.

**SEGUNDO.-** *Hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia Provincial.*

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida se declaró:

"TERCERO.- Los antecedentes, todos documentados, que enmarcan y definen la cuestión aquí controvertida son los siguientes:

"1º Mediante escritura de 9 de enero de 1.997, la entidad Edificación del Arfa Central, Edicentro, S.A. realizó la división horizontal de la obra nueva que estaba realizando, destinada a Centro Institucional y Recreativo. Concretamente se proyectaban tres edificaciones, siendo la tercera el que se construiría en un futuro sobre el local independiente número OCHO, en los términos previstos en la propia escritura y en los Estatutos, cuyo ejemplar se unía a la matriz.

"2º En dichos Estatutos, inscritos en el Registro de la Propiedad y aportados a este proceso por la propia demandante, se diferenciaba entre la cuota de participación de cada local en la copropiedad (artículo 11.º) y la cuota de participación en gastos comunes (artículo 12.º), y se justificaba tal disociación, diciendo (artículo 13.º):

""Se hace constar, a los efectos oportunos, que la cuota de dominio se ha fijado, en principio, atendiendo a criterios de proporcionalidad en cuanto a metros cuadrados construidos respecto a la totalidad del Complejo, ponderándose tal criterio mediante la aplicación de coeficientes correctores en cuanto a fincas privativas de gran superficie o que potencian la actividad económica del Complejo, otras con superficies al aire libre, otras susceptibles de no ser edificadas durante la Primera Fase, otras con particularidades constructivas intrínsecas, etc.

"En cuanto a la cuota de gastos de cada finca privativa, si bien se ha tenido en cuenta como punto de partida su referida cuota de dominio, se han aplicado unos índices de corrección y ponderación que garantizan de una manera más justa y equitativa la distribución de los gastos, que a título meramente indicativo serían: Capacidad



de potenciar la actividad del Centro, limitación de uso y actividad, su situación preferente o secundaria con respecto a accesos, situación en el edificio principal, aprovechabilidad, edificabilidad o no edificabilidad durante la Primera Fase, etc."

"Y se añadía "La propiedad de una finca privativa y/o su explotación comercial o mercantil por cualquier título implica el sometimiento y la aceptación de las cuotas de dominio y gastos que a la misma corresponde, a todos los efectos".

"3.º- El 29 de octubre de 1.997, Edicentro y otras entidades que entretanto habían adquirido algún local (restaurante Mc Donald's, S.A., Tengelmann España S.A., y Banco Español de Crédito, S.A.) otorgaron escritura de modificación de descripción de obra nueva en construcción y en consecuencia de la división horizontal.

"Por lo que aquí interesa, en dicha escritura el edificio a construir en el elemento independiente número ocho, quedaba con una superficie de 1.750 metros cuadrados, con una cuota en la copropiedad del 33,3398% y en gastos del 24,4986%.

"4.º- El 23 de diciembre de 1.998, Edicentro y Tengelmann, como únicas propietarias, en proporción respectiva del 69,04% y 30,96%, del elemento privativo designado con el número ocho, otorgaron escritura de declaración de obra nueva en construcción y de división horizontal del referido elemento, que se subdividió en diez locales, designados con los números correlativos del 8.1 al 8.10, estableciéndose la cuota de participación en copropiedad y la de participación en gastos para cada uno de los locales resultantes.

"5º Finalmente, el 18 de octubre de 1.999 Edicentro, como propietario único del local 8.9, procedió a constituir una subcomunidad, mediante división del mismo, resultando once nuevas fincas privativas (designadas de la 8.9.1 a la 8.9.11), a las que, a su vez, se asigna la correspondiente cuota de participación en copropiedad y otra de participación en gastos.

"6.º La demandante es propietaria de los locales 4, 5, 6, 9, 10 y 11, resultantes de la subdivisión del local 8.9 del referido Centro Comercial, cuyos locales los adquirió por escrituras públicas del 5 y el 22 de mayo de 2.000, siendo la vendedora la promotora Edicentro S.A., declarando la compradora conocer las normas de comunidad y subcomunidad por las que se rige la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 Tres Cantos.

"7.º Consta, por el dictamen pericial aportado con la demanda, que en referencia a los locales en que se dividió el designado como número 8 y de los que resultaron de la subdivisión del designado como 8.9, la participación en la copropiedad se hizo en atención a la superficie, pero no así la cuota de participación en gastos que no sigue tal criterio".

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**TERCERO.-** *Motivo único. Fundado en la infracción del art. 217 LEC (carga de prueba).*

Se desestima el motivo.

Se alega infracción de las normas sobre la carga de la prueba ( art. 217 LEC), al entender la recurrente que habiendo aportado informe pericial que acredita la discordancia entre las superficies de los locales y la cuota de gastos atribuida, no se le puede exigir mayor acreditación, que en su caso le habría correspondido a la demandada, que ningún informe aporta.

Esta sala debe rechazar la pretendida infracción de la carga de la prueba, dado que la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia recurrida se basa en que los estatutos de la comunidad preveían que la cuota de gastos se fijase en función de la "capacidad de potenciar la actividad del centro", por lo que el criterio de la superficie no sería el único a tener en cuenta.

A ello se añade en la sentencia recurrida que es el demandante quien debe probar que "el apartamento del criterio de la superficie" es contrario a la ley, y esta sala debe declarar que ello no viola el art. 217 LEC, dado que es una cuestión eminentemente sustantiva y no probatoria.

#### **Recurso de casación.**

**CUARTO.-** *Motivo primero. Por infracción del art. 7.1 del Código Civil, en relación con el principio de actos propios, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.*

[...] *En la sentencia impugnada, fundamento de derecho sexto, se indica que la demandante, al comprar, sabía cual era la contribución que le correspondía a cada uno de los locales adquiridos, sin que pueda alegarse con fundamento ignorancia de la disparidad entre cuotas de copropiedad y cuotas de participación en gastos, ni sobre las diferencias entre los diversos locales, cuando consta todo en el título constitutivo y se advierte que tal discrepancia en los estatutos, documentos que pudo y debió conocer antes de decidirse a comprar.*



Se desestima el motivo.

El motivo debe desestimarse dado que, como hemos declarado, la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia recurrida se basa en que los estatutos de la comunidad preveían que la cuota de gastos se fijase en función de la "capacidad de potenciar la actividad del centro", por lo que el criterio de la superficie no sería el único a tener en cuenta.

Se establece en la sentencia recurrida "La decisión a adoptar ha de partir de la admisibilidad de disociar la cuota de participación en copropiedad de la participación en gastos, siempre que se haga respetando las normas que rigen el otorgamiento o la modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal.

"En efecto, la combinación de lo dispuesto en los artículos 3, 5 y 9 e) de la LPH lleva a tal conclusión".

Por tanto, los actos propios del demandante son un mero *obiter dicta* (razonamiento no esencial, argumento sin relevancia para el fallo).

En la sentencia se declara, sobre los actos propios, que el demandante había adquirido seis locales en el año 2000 y que desde la compra sabía la contribución que le correspondía a cada uno de los locales adquiridos, constando en los estatutos las razones de la disparidad entre los diferentes locales. Es decir, se trata de un argumento complementario pero no decisivo ( art. 7 C. Civil).

A ello debe añadirse que la interpretación de reglas de los estatutos de la propiedad horizontal es tarea de los órganos de instancia, lo mismo que las cláusulas de un contrato, y no es revisable en casación salvo que sea ilógica o contraria a normas legales ( sentencia 233/2015, de 5 de mayo).

Aplicando la referida doctrina hemos de concluir que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial no se opone a lo recogido en los estatutos.

**QUINTO.-** *Motivo segundo. Por infracción del art. 5, apartados 2.º y 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.*

Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que en la sentencia de apelación se veda la posibilidad de ejercicio de la acción judicial para modificación de cuotas que no se adapten las previsiones legales y añade que la sentencia viola el art. 5 de la LPH.

Esta sala debe rechazar tal argumentación, pues no constituye (una vez más) la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, la cual se basa en que los estatutos de la comunidad preveían que la cuota de gastos se fijase en función de la "capacidad de potenciar la actividad del centro", por lo que el criterio de la superficie no sería el único a tener en cuenta ( sentencia 123/2020, de 25 de febrero, entre otras).

Debemos concretar que ello no impide que en el futuro se ejerciten acciones si el local por su configuración física o comercial dejase de ser potencialmente una locomotora o ancla para el resto de los locales.

**SEXTO.-** *Costas y depósito.*

Desestimados ambos recursos, se imponen al recurrente las costas de los mismos, del recurso extraordinario por infracción procesal y del de casación ( arts. 394 y 398 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos en su momento para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y desestimar el recurso de casación, interpuestos por la entidad mercantil Famestra S.L., contra sentencia de fecha 13 de septiembre de 2018 de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 773/2017).

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

**3.º-** Procede imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ