

Roj: STS 804/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100063  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1029/2009  
Nº de Resolución: 85/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1029/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la mercantil Apartamentos en Alquiler, S.L., aquí representada por la procuradora D.ª María Teresa Uceda Blasco, contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 666/2008, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 116/2004, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Almuñécar . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Domingo Lago Pato, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Almuñécar.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Almuñécar dictó sentencia de 5 de noviembre de 2007 en el juicio ordinario n.º 116/2004 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 contra la mercantil Apartamentos en Alquiler, S.L. (APAL, S.L.) y condeno a la citada demandada a abonar a la actora la cuantía resultante de detraer de los 890,91 euros correspondientes al local n.º NUM000 los gastos del canon de playa, agua caliente, centralita y gastos de seguridad social y salarios inherentes a dicha centralita; y con respecto al local n.º NUM001 , de los 13.627'35 euros, se detraerán los importes correspondientes a gastos del canon de playa; centralita y gastos de seguridad social y salarios inherentes al servicio de centralita.

» Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales.»

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

«Primero. Ha de seguirse en la resolución del expediente idéntica solución a la dada por este juzgador al juicio ordinario n.º 76/2004 , mediante sentencia de fecha 3 de mayo de 2007. Puesto que el presente asunto se refiere a los mismos locales, y es una reproducción de los argumentos fácticos y jurídicos allí vertidos. De manera que cabe reiterar que, no obstante concurrir los requisitos para la apreciación de la alegación de cosa juzgada efectuada por la actora, cierto es que la llamada jurisprudencia menor ( SAP de Asturias de 31 de marzo de 1999 y la allí citada SAP de Zaragoza de 10 de febrero de 1982 ) venía aceptando como causa justificativa de la exclusión de la obligación de pago del correspondiente gasto común que en los supuestos de inexistencia de un servicio o de imposibilidad de utilizarlo, siempre que ello no se debiera a la exclusiva voluntad del comunero de no usarlo. Criterio que ha venido a ser asumido por la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, en fecha posterior a las sentencias aportadas por la actora, y referida a un local de la Comunidad hoy actora, lo que justifica apartarse del criterio sustentado con apoyo en la alegación de cosa juzgada. Así, tal y como expone la SAP de 6 de octubre de 2004 : "se reputan generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Y la solución, establecida por la ley, para llegar a un resultado justo y equitativo en casos de no utilización de un determinado servicio, es la prevista en su artículo quinto, que habla de cuota de participación (en los gastos comunes), correspondientes a cada piso o local. Para la fijación de la misma

se tomará como base la superficie útil de aquellos. Esto enlaza con la distinción: entre gastos comunes y los imputables exclusivamente a cada piso o local.

Con la primera anotación se extrae una conclusión: que, en esta materia (al no existir prohibición legal que a ello afecte) a través de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, puede entrar el principio de autonomía privada de la voluntad ( artículos 1255 y 1091 del Código civil ), estableciendo concretas exclusiones (con respecto a uno o varios propietarios), por lo que atañe a la contribución a ciertos servicios comunes, a su mantenimiento. Ante el pacto estatuario, ha de prevalecer la autonomía contractual (así lo expresan las sentencias del TS de 16 de febrero de 1971 y de 6 de julio de 1991 , entre otras). Pero si no aparece la norma contractual tan referida, concretando, individualizando, los gastos generales, ha de operar la norma general de contribución con arreglo a la cuota de participación. Esto quiere decir, en principio, que solo estatutariamente o por acuerdo unánime de los propietarios puede actuar la exclusión o la minoración de la contribución.

Ahora bien, si esto es así, y no ofrece duda alguna a tenor de la normativa vigente, con independencia de esos supuestos de exclusión que se acaban de tratar -por acuerdo unánime como hemos visto-, surgen otros en los que el impago de determinados servicios comunes viene determinado, no por la alteración consensual relatada, sino por la inexistencia del servicio, que lógicamente justifica el no pago de ese gasto común (así sentencia del TS de 22 de julio de 1999 ). Y es que el principio esencial para que un propietario esté obligado al pago de un servicio, es que lo reciba o que disponga de él, o que, si no lo utiliza, ello se deba a su voluntad de no hacerlo. En tales supuestos, de exigirse se abono, no existirá sea "Aequitas", como modelo ideal al que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a que ha de tender la norma jurídica. Así, pues, la no prestación del servicio, es lo que justifica su impago. Consideramos bien delimitados por la resolución impugnada, los servicios de que disfruta el local, a efectos de la determinación de la cuota, fundamentando por remisión, en cuanto a los mismos".

»Segundo. Reclama la actora el importe correspondiente a la cuota de participación en los gastos comunes del ejercicio 2001 de los locales n.º NUM000 y NUM001 del Edificio Chinasol, al amparo del apartado e ) y f) del artículo 9.1 de la Ley 49/60, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (LPH). A lo que se opone la parte demandada por considerar que no se le puede exigir contribuir al pago de servicios de los que no disfruta. Debe reiterarse, entrando en el análisis de las partidas discutidas, que partiendo de que las mismas se encuentran pormenorizadamente desglosadas en el informe elaborado por la perito D.ª Filomena , informe que pese a ser de fecha 5 de noviembre de 1999 resulta válido puesto que debe tenerse en cuenta que los presupuestos de la Comunidad actora no han variado desde el año 1999. Y así lo muestran los dos certificados unidos por dicha parte al amparo de los artículos 328 , 329, en relación con el 429.1, todos ellos de la LEC .

- La primera partida que discute la demandada es el canon de ocupación de playa. Ciertamente el administrador de la Comunidad declaró que pasado el año 1999, no hubo ya hamacas disponibles más que para los propietarios que las solicitaba, de lo cual puede deducirse que a ninguno de los locales se les prestaba dicho servicio. Por todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LPH los citados locales no deben abonar importe alguno por tales conceptos, sin perjuicio de que como agrega el propio artículo citado, en su apartado segundo, de que si tal servicio volviera a funcionar, si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.

- No ocurre lo mismo en lo referente a los gastos de piscina, puesto que como ya razonaba la SAP de Granada de 15 de septiembre de 2001 , no consta con claridad, si simplemente no son usados, o si existe algún impedimento que impida ello. En cualquier caso el impedimento con respecto a los titulares o arrendatarios de tales locales, en caso de existir, no ha quedado acreditado.

Con respecto al mantenimiento de los ascensores, al no admitirse como prueba el reconocimiento judicial en el presente pleito, no puede el juzgador introducir de oficio la prueba de reconocimiento judicial practicada en otro expediente cuya reproducción para el presente pleito no fue solicitada por la demandada. Por tanto, procede estimar la demanda en este punto.

- En relación con los extintores cabe manifestarse en el mismo sentido que se ha hecho en relación con la partida de mantenimiento de piscina. Ya que tampoco queda claro si los locales no pueden acceder a este servicio, o si se procuran este servicio ellas mismas, o si el conflicto surge por una discrepancia en la ubicación de los mismos, en cuyo caso queda abierta la posibilidad de instar una nueva distribución de extintores, ya sea en la Junta de Propietarios o a través de las acciones correspondientes.

- Deben excluirse las partidas correspondientes a centralita de teléfono, primas a seguros de centralita y abono de líneas, y salarios y gastos de seguridad social que los mismos generen, puesto que no es controvertido que los citados locales carecen de conexión a la línea telefónica de la urbanización. Por ende no podrán disfrutar los locales de ninguna ventaja que por vía de ingresos o por prestación de este servicio (atender llamadas - o recados dirigidos a dichos locales en el horario de cierre de la demandada) genere el mismo.

- Con respecto al agua y a la electricidad de la urbanización debe contribuir la demandada de acuerdo con su cuota de participación, que es el criterio legal ( artículo 9.1.e) de la LPH ) para fijar el uso que los locales hagan de los elementos comunes, en este caso el agua caliente y la electricidad común, salvo en lo que se refiere al local n.º NUM000 , respecto del cual el propio administrador de la Comunidad actora, Sr. Mauricio , admitió que no goza del servicio de agua caliente. Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, no consta que la demandada no pueda acceder al servicio de piscina.

- Con respecto a los salarios y gastos de seguridad social, no deberá contribuir con los del personal a cargo de la centralita, pero no podrá excluirse de los que gastos de portería, mantenimiento (de la urbanización o de la piscina) y demás que reportan un beneficio a todos los comuneros.

Por todo ello, y de conformidad con el artículo 219 de la LEC , procede la condena de la demandada a abonar a la actora la cuantía resultante de restar de los 890,91 euros correspondientes al local n.º NUM000 los gastos del canon de playa, agua caliente, centralita y gastos de seguridad social y salarios inherentes a dicha centralita; y con respecto al local n.º NUM001 , de los 13.627'35 euros, se restarán los importes correspondientes a gastos del canon de playa; centralita y gastos de seguridad social y salarios inherentes al servicio de centralita.

»Tercero. En cuanto a costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.2 de la LEC , al estimarse parcialmente la demanda, no procede hacer expresa imposición de costas.»

**TERCERO.-** La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia de 20 de marzo de 2009, en el rollo de apelación n.º 666/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que revocando parcialmente la sentencia apelada condenamos a la demandada "Apartamentos en Alquiler S.L." a que pague a la actora la cantidad de catorce mil quinientos diecinueve euros con veinticinco céntimos (14.519'25.- #), más las costas en la forma expresada en el segundo fundamento de derecho de ésta resolución.»

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

«Primero. El presente recurso de la actora y la impugnación de la demandada no son más que repetición, por enésima vez, de la cuestión que durante más de una década, se viene planteando acerca del EDIFICIO000 de Almuñécar; ya sean la Comunidad de Propietarios la actora y copropietarios los demandados o viceversa; en el fondo es el impago de las cuotas de comunidad que aquella reclama y la excepción de esta por no tener determinados servicios, lo que ha de suponer o esta o rebaja de su importe. Aunque cada supuesto haya podido constituir el exponente de unos intereses individuales diferenciados respecto de otros casos, todos tienen como denominador común el que cada elemento privativo tiene su coeficiente de participación, y por tanto ha de contribuir al sostenimiento de los gastos de comunidad conforme a este coeficiente. Este podrá ser, o no, correcto, procedente o modificable, pero esto, ya en, otra ocasión, se dijo que se fuera al procedimiento correspondiente, se tuvieran en cuenta las diferencias entre unos elementos y otros, y se redistribuyese la participación porcentual. Pero mientras esto no se haga, y consten los coeficientes de participación que constan a ellos tienen que atenerse todos, comunidad y propietarios individuales; ha sido el criterio que se ha venido manteniendo como el correspondiente a título actual y a ello ha de estarse, dando por reproducidos los argumentos ya expuestos en sentencias anteriores, que las propias partes han aportado a los autos.

»Segundo. Procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada así como los de esta instancia, relativos a su impugnación desestimada, sin expreso pronunciamiento en el resto.»

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Apartamentos en Alquiler, S.L., se formula un motivo único que se introduce con la siguiente fórmula:

«Motivo único. Infracción de los artículos 9.1. e) 9.2 y 11 LPH »

La parte recurrente alega, en síntesis:

1. Existe una jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales ya que algunas de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.<sup>a</sup>, (SSAP Granada, Sección 3.<sup>o</sup> de 6 de octubre de 2004 y 8 de abril de 2000 ) consideran en supuestos planteados entre las mismas partes y en relación a la misma cuestión, que el demandado no está obligado al pago de aquellos servicios que no recibe y no utiliza porque no se le prestan. Otras sentencias de la misma Audiencia Provincial de Granada, sección 3.<sup>a</sup>, como las de 21 de abril de 2004 , 15 de septiembre de 2000 y la que ahora se recurre, consideran que es preciso acudir a un procedimiento en el que se altere la cuota para resolver la controversia planteada, pues mientras no se lleve a cabo tal modificación la parte recurrente estará obligada al pago íntegro de las cuotas.

2. La sentencia recurrida contradice lo declarado en la STS de 22 de julio de 1999 . Plantea también que respecto de las obligaciones derivadas de la propiedad de uno de los locales, existe ya una sentencia firme que le exime del pago de parte de los gastos cuyo pago ahora se le exige, por lo que respecto de esta cuestión se habría producido ya el efecto de cosa juzgada.

**SEXTO.-** Por auto de 27 de abril de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Almuñecar, se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. El interés casacional en el que se funda el recurso de casación no ha sido debidamente acreditado.

2. La sentencia no es recurrible en casación porque la cuantía del procedimiento no supera los 150.000 euros.

3. En el recurso de casación la parte recurrente denuncia una supuesta vulneración del principio de cosa juzgada, cuestión jurídica de naturaleza procesal que excede del recurso de casación.

4. La parte recurrente altera la base fáctica de la sentencia en el desarrollo de su motivo.

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 8 de febrero de 2012, en que tuvo lugar.

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

CC, Código Civil

LEC, Ley de Enjuiciamiento Civil

LPH, Ley de Propiedad Horizontal

RC, recurso de casación.

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

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. - Resumen de antecedentes.**

1. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda formalizada por una comunidad de propietarios por la que se exigía a un copropietario que pagara las cuotas comunitarias correspondientes a dos locales comerciales de su propiedad.

2. Consideró, en síntesis, que si bien cada copropietario debe hacer frente a las cuotas comunitarias en atención a su coeficiente de participación, existían varios conceptos en los recibos girados al demandado, referidos a servicios que no eran recibidos por él, por lo que el importe de los mismos debía descontarse de las cuotas a abonar.

3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la parte demandante.

4. Consideró, en síntesis, que cada comunero debe hacer frente a los gastos de sostenimiento del inmueble con arreglo a su coeficiente de participación. Indicó que, si bien la determinación de tal coeficiente podía estar equivocada o podía ser modificada, en tanto no se estableciera tal alteración por los cauces legalmente establecidos, el copropietario estaba obligado a contribuir en proporción a su coeficiente de participación.

5. La parte demandada ha formulado recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º LEC .

**SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.**

La parte recurrida alega en el escrito de oposición al recurso el carácter inadmisibile del mismo, por concurrir las causas de inadmisión que expresa. Esta alegación será examinada en relación con el recurso de casación formulado.

**TERCERO.- Enunciación del motivo único del recurso de casación.**

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los artículos 9.1. e) 9.2 y 11 LPH .»

La parte recurrente alega, en síntesis, que existe una jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Argumenta que algunas de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, (SSAP Granada, Sección 3.º de 6 de octubre de 2004 y 8 de abril de 2000 ) consideran en supuestos planteados entre las mismas partes y en relación a la misma cuestión, que el demandado no está obligado al pago de aquellos servicios que no recibe y no utiliza porque no se le prestan. Otras sentencias de la misma Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, como las de 21 de abril de 2004 , 15 de septiembre de 2000 y la que ahora se recurre, consideran que es preciso acudir a un procedimiento en el que se altere la cuota para resolver la controversia planteada, pues mientras no se lleve a cabo tal modificación la parte recurrente estará obligada al pago íntegro de las cuotas. Indica la parte recurrente que además la sentencia recurrida contradice lo declarado en la STS de 22 de julio de 1999 . Plantea también que respecto de las obligaciones derivadas de la propiedad de uno de los locales, existe ya una sentencia firme que le exige del pago de parte de los gastos cuyo pago ahora se le exige, por lo que respecto de esta cuestión se habría producido ya el efecto de cosa juzgada.

El motivo debe ser desestimado.

**CUARTO.- Propiedad horizontal. Obligación de contribuir a los gastos comunes.**

A) El recurso de casación no es el cauce adecuado para denunciar la infracción de normas procesales como es la vulneración del principio de cosa juzgada. La cosa juzgada, tanto en su aspecto negativo o de eficacia de cosa juzgada material como en su aspecto positivo o prejudicial, se encuadra dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados ( SSTS de 26 de abril de 2011 [RC n.º 1373/2010 ], de 8 de febrero de 2011 [RC n.º 823/2010 ], de 11 de julio de 2011 [RC n.º 1247/2008 ]).

B) La alegación expuesta por la parte recurrida respecto a que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no es susceptible de recurso de casación, por ser la cuantía del procedimiento inferior a 150 000 euros, no puede ser acogida. Esta Sala reiteradamente ha declarado que los cauces de acceso al recurso de casación establecidos en el apartado 2 del artículo 477 LEC son distintos y excluyentes. La vía de acceso procedente en los asuntos seguidos por razón de la cuantía es la prevista en el artículo 477.2.2.º, siempre que la misma supere los 150 000 euros, mientras que en los procesos seguidos por razón de la materia, como el que es ahora objeto del recurso, el acceso a la casación únicamente es posible por el cauce fijado en el artículo 477.2.3.º LEC , acreditando la existencia de interés casacional, con independencia de la cuantía del procedimiento.

C) La cuestión planteada por el recurrente, respecto a si existen determinados gastos comunes a los que el comunero que no se beneficia de ellos no está obligado a hacer frente, es una cuestión ya resuelta por esta Sala, que ha puesto fin a la contradicción jurisprudencial denunciada por el recurrente. La STS de 29 de mayo de 2009 [RC n.º 720/2004 ] ha declarado como doctrina jurisprudencial que «[p]ara la procedencia de la consideración legal como individualizables de determinados gastos comunes de una comunidad de propietarios, es necesaria la determinación de su exclusión en el Título Constitutivo, o, en su caso, en los Estatutos comunitarios, y, asimismo, mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado por unanimidad.»

D) La aplicación de esta doctrina al supuesto que ahora se analiza conduce a la desestimación del recurso de casación. Desde los hechos que se declaran probados por la Audiencia Provincial, resulta que los gastos, cuya exención pretende la parte recurrente, son considerados como gastos comunes por más que el recurrente insista en que él no disfruta de algunos de los servicios que se prestan por esta razón la contribución de cada uno de los copropietarios deba fijarse en atención a su cuota de participación. La afirmación del recurrente de que no recibe estos servicios no es suficiente, en aplicación de la doctrina fijada

por esta Sala, para determinar la exención de su pago, del que solo justificando que no son comunes, tal y como declara la STS de 22 de julio de 1999 citada por el recurrente, o en su caso, estableciendo su exclusión en los estatutos, el título comunitario o mediante acuerdo unánime de los propietarios podría haberse llegado a una conclusión diferente.

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

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

## FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Apartamentos en alquiler S.L. contra la Sentencia dictada el 20 de marzo de 2009, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º666/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que revocando parcialmente la sentencia apelada condenamos a la demandada "Apartamentos en Alquiler S.L." a que pague a la actora la cantidad de catorce mil quinientos diecinueve euros con veinticinco céntimos (14.519'25.- #), más las costas en la forma expresada en el segundo fundamento de derecho de ésta resolución.»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponemos las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.