Es la Comunidad la que debe probar que la citación a la Junta fue realizada a los comuneros \ No son validas las notificaciones a Junta que fueron entregadas el mismo día o con posterioridad a su celebración, sin que se acredite conducta renuente a la recepción \ Se deja para el trámite de ejecución la fijación de las nuevas cuotas, al no poder aceptarse las fijadas por la Audiencia, dictando por este tribunal la sentencia correspondiente para respetar el art. 5 \ Casación al amparo del art.477.1 LEC por infracción de lo dispuesto en los artículos 9 h), 16, 5 y 3 LPH al oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

TS, Sala Primera, de lo Civil, 572/2020, de 3 de noviembre

SP/SENT/1072954

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.ª Elena Martín Sánchez, en nombre y representación de D. Romulo y D. Valeriano, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Rentería, D. Luciano, D.ª Coral, D. Guillermo, D.ª Crescencia, D. Maximo y D.ª Diana, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando íntegramente la demanda:

1.- Se declaren nulas las Juntas celebradas con fecha 16 de diciembre de 2.015, 4 de abril, 18 de julio y 20 de julio de 2.106, así como los acuerdos en ellas adoptados.

2.- Se declare que las cuotas de participación que vienen siendo utilizadas por la Comunidad demandada son nulas de pleno derecho por contravenir los criterios establecidos por los artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

3.- En su consecuencia, se establezcan las cuotas de participación que corresponden en aplicación de los criterios legales, teniendo en cuanta la superficie real, orientación, altura y demás elementos determinantes de las diversas partes privativas, y de conformidad con los datos que se acrediten en la fase probatoria o, en su defecto, en ejecución de sentencia.

4.- Se libre mandamiento al registro de la propiedad al objeto de que se modifiquen parcialmente cuantas inscripciones registrales sean necesarias a fin de inscribir las nuevas cuotas de participación en los elementos comunes de conformidad con el resultado del apartado anterior.

5.- Se imponga a la parte demandada las costas causadas por este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián, se registró con el n.º 889/2016 Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.ª Teresa Zulueta Calvo, en representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Rentería, D. Luciano, D.ª Coral, D. Guillermo, D.ª Crescencia, D. Maximo y D.ª Diana, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte Sentencia desestimando íntegramente la Demanda, e imponiendo las costas causadas a la parte demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián, dictó sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Martín, en representación de D. Romulo y D. Valeriano, frene a la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Rentería, D. Luciano y Dña. Coral, D. Guillermo y Dña. Crescencia, y D. Maximo y Dña. Diana DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de los acuerdos adoptados en el punto 3º "Ruegos y preguntas" del Orden del día de la Junta Extraordinaria de 4 de abril de 2016, Y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados del resto de pretensiones formuladas frente a ellos. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Valeriano y D. Romulo.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2448/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de Apelación interpuesto por la procuradora Dña. Elena Martín Sánchez en nombre y representación de D. Romulo y D. Valeriano contra la sentencia de 4 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 7 de S.S. debemos revocar y revocamos la misma declarando:

- nulas las Juntas celebradas con fecha 16 de diciembre de 2015, 4 de abril, 18 de julio y 20 de julio de 2016, así como los acuerdos adoptados en las mismas.

- nulas las cuotas de participación utilizadas por la Comunidad demandada, estableciendo en su lugar:

- local de 75 metros cuadrados..... 14%

- local de 35 metros cuadrados..... 6%

- piso 1º, de 130 metros cuadrados.... 23%

- piso 2º, de 135 metros cuadrados... 26%

- desván de 115 metros cuadrados... 16%

- piso 3º de 65 metros cuadrados..... 11%

- terraza de 65 metros cuadrados..... 5%

Todo ello con expresa imposición de costas en la primera instancia y sin mención en la alzada".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Teresa Zulueta Calvo, en representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Rentería, D. Luciano, D.ª Coral, D. Guillermo, D.ª Crescencia, D. Maximo y D.ª Diana, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º. Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC por error patente en la valoración de la prueba de tal magnitud que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al atribuir cuota de participación como finca independiente a la terraza del edificio situada en planta segunda.

2º. Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC por error patente en la valoración de la prueba de tal magnitud que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al fijar las superficies útiles de las fincas independientes del edificio de CALLE000.

3º.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto infracción del art 217 de la LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción de lo dispuesto en art. 9 h) y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y de conformidad con el art. 477. 2. 3º de la LEC, presentar interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de citación a juntas extraordinarias en Propiedad Horizontal.

2º.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción del art. 5 de la LPH y de conformidad con el art. 477. 2. 3º de la LEC, por presentar interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en sentencias de la Sala Primera de lo Civil de 29 de enero de 2007 y la sentencia núm. 575/2005 de 5 de julio de 2005 que se adjuntan como documentos nº 6 y nº 7 que establece que podrá instarse la modificación de los porcentajes fijados en el título constitutivo cuando en la fijación de estos no se hubieran respetado los criterios establecidos en el art. 5 de la LPH.

3º.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción del art. 396 del c. civil y el art. 3 de la LPH y de conformidad con el art. 477. 2. 3º de la LEC por presentar interés casacional al oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en sentencia núm. 25/2007 de 1 de febrero que se adjunta como documento nº 8 y que atribuye cuota de participación en los elementos comunes al dueño de cada piso o local con aprovechamiento independiente y no a una terraza sin aprovechamiento independiente como establece la sentencia objeto de recurso".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Comunidad de propietarios de la CALLE000, n.º NUM000, de Rentería; D. Guillermo; D.ª Crescencia; D.ª Coral; D.ª Diana; D. Maximo; y de D. Luciano, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, en el rollo de apelación n.º 2448/2017, dimanante del juicio ordinario nº 889/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de octubre del presente, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- El objeto del proceso

Es objeto del proceso la demanda que es formulada por los actores Romulo y Valeriano, en su condición de propietarios de los locales comerciales derecho e izquierdo de la planta NUM002 del edificio sito en la CALLE000 n.º NUM000 de Rentería, dirigida contra la comunidad de propietarios y frente a los titulares privativos de los distintos pisos, que conforman dicho inmueble, Guillermo, Crescencia, Coral, Diana, Maximo y Luciano.

En la demanda se impugnan distintos acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios del referido edificio, así como las cuotas de contribución a los gastos comunes asignadas a los locales comerciales. En concreto, la demanda versó sobre la nulidad de los acuerdos siguientes.

i) Los adoptados en la Junta Extraordinaria de 16 de diciembre de 2015, por falta de convocatoria en legal forma de los actores y consiguiente infracción del artículo 16.3 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH);

ii) Los aprobados en la Junta de 4 de abril de 2016, por falta de convocatoria con antelación suficiente de los actores y por adopción de acuerdos sobre cuestiones no incluidas en el orden del día (infracción del artículo 16 LPH en sus apartados 2 y 3);

iii) Los tomados en la Junta de 18 de julio de 2016, por falta de convocatoria y adopción de acuerdos no incluidos en el orden del día (infracción del artículo 16 LPH en sus apartados 2 y 3);

iv) Finalmente, se impugnaron los acuerdos de la Junta de 20 de julio de 2016 por privación indebida del voto a los actores y consiguiente infracción del artículo 15.2 LPH, por entender la parte actora que la nulidad de las otras Juntas impugnadas supone la inexistencia de deudas comunitarias y la consiguiente ausencia de morosidad de los demandantes.

En el suplico de la demanda se interesó que:

"1.- Se declaren nulas las Juntas celebradas con fecha de 16 de diciembre de 2015, 4 de abril, 18 de julio y 20 de julio de 2006, así como los acuerdos en ellas adoptados.

2.- Se declare que las cuotas de participación que vienen siendo utilizadas por la Comunidad demandada son nulas de pleno derecho por contravenir los criterios establecidos por los arts. 3 y 5 de la LPH.

3.-. En su consecuencia, se establezcan las cuotas de participación que corresponden en aplicación de los criterios legales, teniendo en cuenta la superficie real, orientación, altura y demás elementos determinantes de las diversas partes privativas, y de conformidad con los datos que se acrediten en la fase probatoria o en su defecto en ejecución de sentencia.

4.- Se libre mandamiento al registro de la propiedad al objeto de que se modifiquen parcialmente cuantas inscripciones registrales sean necesarias a fin de inscribir las nuevas cuotas de participación en los elementos comunes de conformidad con el resultado del apartado anterior".

2.- Las sentencias de primera y segunda instancia

Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Donostia, que desestimó la demanda, salvo en el particular concerniente a la decretada nulidad del acuerdo adoptado en el punto 3 del orden del día de la Junta Extraordinaria de 4 de abril de 2016, por entender se adoptó fuera de la relación de los asuntos a tratar, todo ello sin imposición de costas.

Contra dicha sentencia se interpuso por los actores recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que dictó sentencia en la que se consideró, en contra del criterio del Juzgado, que las convocatorias a las juntas impugnadas se hicieron con infracción de lo dispuesto en la LPH, sin observar los requisitos necesarios exigidos al respecto. Igualmente, se estimó infringido el art. 5 de la LPH, concerniente a la fijación de las cuotas de participación utilizadas por la comunidad.

En relación con la nulidad de los acuerdos comunitarios adoptados por las juntas de propietarios impugnadas, la estimación del recurso se fundamentó de la forma siguiente:

"- Así en la de 16 de diciembre de 2015, se acude a correos el día 11, viernes, para una reunión del miércoles siguiente, y el funcionario va el día 14, lunes, no pudiendo entregar nada. Llama la atención o al menos así lo hace notar la actora el poco margen que en general se daba entre las convocatorias y su fecha de celebración, cuando un margen mayor no suponía ninguna alteración. Es más el local del Sr, Valeriano había estado cerrado abriéndose en diciembre tras unas obras, detalle reconocido por el presidente a la sazón de la comunidad.

Y no teniendo acceso al portal todo lo que en el mismo se dejase podía ser perfectamente ignorado por los propietarios de los locales al no tener que pasar por allí.

- en orden a la Junta de 4 de abril de 2016, se recibe el día 31 coincidiendo con un viaje a Barcelona por una urgencia médica (Sr. Valeriano) y en cuanto al Sr. Romulo se le entregó el mismo día de la Junta, es decir, el día 4, recogiéndolo su hermana ya que él estaba en Madrid,

- respecto a la señalada a partir del día 18 de julio de 2016, se puso el burofax el día 14, jueves, indicándose la reunión para el lunes siguiente día 18. Al Sr. Romulo se le entrega el día 19 y el día 26 al Sr. Valeriano, de manera que se enteran después de haberse celebrado,

- en cuanto a la Junta de 20 de julio de 2016, no se llegó a celebrar al no haber recibido la pertinente comunicación dos vecinos y no figurar la relación de propietarios morosos".

Con respecto al otro punto litigioso, concerniente a la determinación de las cuotas de contribución a los gastos comunes, la demanda se estimó también por la Audiencia con el argumento de que teniendo en cuenta la extensión de los locales y pisos, de sus metros útiles, se puede ver una desproporción para nada admisible o al menos muy discutible. Así el local más grande con 75 metros cuadrados tiene una cuota del 35%, en tanto que el piso primero con 130 metros cuadrados posee una cuota del 15%, y la segunda vivienda con 135 metros cuadrados una cuota similar, por no hablar del desván de más de cien metros, de manera que procediendo una corrección en las cuotas siguiendo con mayor fidelidad un criterio de proporcionalidad se deja a voluntad de los copropietarios que las fijen debidamente asesorados por sus respectivos letrados y caso de no alcanzar un acuerdo se respetará el criterio que fija el tribunal de apelación a saber, 13%, 6%, 23%, 42% (piso más desván 26% más 16%) y 16% (piso más terraza,11% más 5%), que hacen un total de 100.

En definitiva, en congruencia con lo razonado, se dictó sentencia por mor de la cual se declaró:

"1.- Nulas las Juntas celebradas con fecha 16 de diciembre de 2015, 4 de abril, 18 de julio y 20 de julio de 2016, así como los acuerdos adoptados en las mismas.

2.- Nulas las cuotas de participación utilizadas por la Comunidad demandada, estableciendo en su lugar:

- local de 75 metros cuadrados..... 14%

- local de 35 metros cuadrados..... 6%

- piso 1º, de 130 metros cuadrados..... 23%

- piso 2º, de 135 metros cuadrados.... 26%

- desván de 115 metros cuadrados..... 16%

- piso 3º de 65 metros cuadrados..... 11%

-terraza de 65 metros cuadrados..... 5%".

Por error se indicó que el local de 75 metros cuadrados le correspondía una cuota de 14% cuando en los fundamentos jurídicos se habla de 13%, es más de computarse aquella cuota la suma total de las asignadas ascendería a 101%.

Contra dicha sentencia se interpuso por los demandados recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal

El referido recurso se fundamentó en la alegación de tres concretos motivos:

1.- Al amparo del art. 469.1. 4º de la LEC, por error patente en la valoración de la prueba de tal magnitud que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al atribuir cuota de participación como finca independiente a la terraza del edificio situada en planta segunda.

2.- Al amparo del art. 469.1. 4º de la LEC, por error patente en la valoración de la prueba de tal magnitud que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al fijar las superficies útiles de las fincas independientes del edificio de CALLE000 n.º NUM000.

3.- Al amparo del art. 469.1. 2.º de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto infracción del art 217 de la LEC relativo a la carga de la prueba.

El primero de los motivos de infracción procesal se fundamenta en la consideración de que la sentencia incurre en un notorio error fáctico; toda vez que, en su fallo, al fijar los nuevos porcentajes de participación parte del presupuesto fáctico de que en el edificio hay siete fincas independientes con su respectiva cuota de participación (dos locales, tres viviendas, una terraza y un desván), cuando ha quedado meridianamente probado que hay seis (dos locales, tres viviendas y un desván), como resulta de la simple lectura de la certificación registral de la inscripción de la finca de CALLE000 n.º NUM000, presentada como documento n.º 55 de la contestación y de los anexos n.ºs 1, 2, 32 a 35 presentados por la demandante junto con la demanda, y que son las seis descripciones registrales de cada una de las fincas independientes del edificio.

En efecto, tal error notorio se ha producido, dado que en el fallo de la sentencia recurrida se considera a la terraza como una finca independiente, que no lo es. Ésta figura descrita dentro de la finca n.º NUM001, vivienda en planta NUM002 de una superficie de 65 metros cuadrados y una terraza de 65 metros cuadrados aproximadamente.

El segundo motivo, igualmente debe ser estimado. En este caso, se achaca a la sentencia recurrida que identifica superficies registrales con superficies útiles a los efectos de la aplicación del art. 5 de la LPH, máxime cuando la propia parte actora aporta un informe pericial en que se determina la superficie útil de la terraza en 17,65 metros cuadrados sin contar el vuelo del alero.

El recurso debe ser acogido en este extremo en tanto en cuanto no es posible llevar a efecto dicha identificación entre certificación registral y metros útiles como se hace por la sentencia recurrida, puesto que partiendo de la certificación registral se constata como la misma se refiere a superficie útil de 75 metros cuadrados con respecto al local finca n.º NUM003; la finca n.º NUM004, que se trata de un piso, hace referencia a 130 metros cuadrados construidos, y el resto de las fincas se habla de superficie aproximada sin indicar si es útil o construida.

Por último, se alega como tercer motivo de infracción procesal la vulneración de las reglas que disciplinan la carga de la prueba (art. 217 LEC). Como señala la sentencia 31/2020, de 21 de enero, el problema de la carga de la prueba es el de la falta de prueba y se infringe tal precepto si se atribuyen las consecuencias negativas del hecho dudoso a la parte a quien no compete su demostración; o dicho en palabras de la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1998: "[...] el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de pruebas, según frase célebre procedente de la doctrina alemana".

En este caso, se atribuye a la sentencia de la Audiencia hacer recaer sobre la parte demandada el hecho controvertido de las respectivas superficies útiles de las fincas del edificio litigioso. Sin embargo, si tenemos en cuenta el razonamiento de la sentencia de la Audiencia no podemos obtener tal conclusión, sino que se utiliza, por el contrario, para rebatir el del Juzgado conforme al cual la demandante no había hecho un planteamiento alternativo a las cuotas de contribución de los gastos comunes que venía aplicando la comunidad, al establecer que buena muestra de que tal argumento no se podía refrendar era que la parte demandada no aceptaba los metros cuadrados que figuraban en el Registro de la Propiedad, así como que a los pisos había que restar la caja de escalera, los pasillos y el no disponer de ascensor, entendiendo que el valor de los locales subía en tanto que el de los pisos bajaba o se mantenía.

Posteriormente, la sentencia de la Audiencia indica que, ante la desproporción de las cuotas, sean las partes con sus letrados las que las fijen, y, en otro caso, serán las que determina el tribunal, de la forma ya indicada precedentemente, lo que justifica de esta forma: "Se trata pese a reconocer que caben mil opciones que uno de los pisos tiene además todo el desván, con lo que al margen del sin fin de aprovechamientos no deja de ser una extensión considerable. Otro piso si bien la mitad en extensión dispone de una terraza de la misma extensión, con un aprovechamiento diferente, cierto, pero que supone un gran desahogo, siendo susceptible de un aprovechamiento diferente".

En definitiva, no estamos ante un hecho dudoso del que se obtengan conclusiones fácticas contrarias a las normas que rigen la carga de la prueba, que no cabe confundir con la valoración probatoria, que es una actividad intelectual previa e independiente (sentencias 160/2018, de 21 de marzo; 274/2019, de 21 de mayo; 468/2019, de 17 de septiembre y 31/2020, de 21 de enero).

Recurso de casación

TERCERO.- Examen del primero de los motivos del recurso de casación

El recurso se fundamentó, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de lo dispuesto en art. 9.1 h) y 16 de la ley de propiedad horizontal; y de conformidad con el art. 477. 2. 3.ª de la LEC, por presentar interés casacional, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de citación a juntas extraordinarias en propiedad horizontal. Se alegaron para justificar dicho interés las sentencias de esta Sala 726/2007, de 28 de julio; 706/1994, de 12 de julio; 1368/2007, de 18 de diciembre; 987/2007, de 19 de septiembre y 460/2000, de 5 de mayo. No se discute la nulidad de los acuerdos adoptados en el punto 3.º ruegos y preguntas del orden del día de la Junta Extraordinaria de 4 de abril de 2016. Se deja a salvo también, la nulidad de la junta de 20 de julio de 2016, que no es objeto de recurso.

La parte recurrida se opone a la admisibilidad de este primer motivo del recurso de casación, al señalar que se construye de forma artificiosa, citando como infringidas sentencias que nada tienen que ver con la razón de decidir de la resolución que se recurre.

No podemos compartir tal óbice de inadmisibilidad, pues las sentencias de los casos 987/2007, de 19 de septiembre y 1368/2007, de 18 de diciembre, sí guardan relación con el objeto del recurso, en tanto en cuanto se refieren a la flexibilidad con la que han de ser valorados los requisitos formales de la citación para las juntas cuando el procedimiento utilizado sea el habitualmente empleado por la comunidad y se demuestre una conducta conscientemente buscada por el propietario para impedir la efectividad de la citación practicada, con la finalidad de entorpecer la adopción de los acuerdos por los que se rige la vida comunitaria. Otra cosa distinta es que el hecho probado de la Audiencia permita la aplicación de tal doctrina.

Las otras resoluciones se refieren a otros aspectos, como a los requisitos legales de la convocatoria de las juntas de propietarios (sentencia 726/2007, de 28 de junio) o a la antelación con la que deberá hacerse la convocatoria para su efectividad (sentencia 706/1994, de 12 de julio). Por último, la sentencia de 460/2000, de 5 de mayo, se refiere al carácter anulable de los acuerdos que vulneran la regla de la unanimidad y la sanación por caducidad, en un supuesto de arrendamiento de cubierta considerado como acto de administración, que no guarda relación con el objeto del presente proceso.

1.- Panorama normativo de necesario cumplimiento

Conforme a lo dispuesto en el art. 9 1 h) de la LPH es obligación de los propietarios de los pisos y locales comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad.

En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo.

Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, con el visto bueno del presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

Por su parte, el art. 16.2 de la LPH proclama que: "[...]la convocatoria de las Juntas la hará el presidente y, en su defecto, los promotores de la reunión, con indicación de los asuntos a tratar, el lugar, día y hora en que se celebrará en primera o, en su caso, en segunda convocatoria, practicándose las citaciones en la forma establecida en el art. 9".

Es decir que, a tenor de los mentados preceptos, no ofrece duda que la comunidad ha de ser cuidadosa con la citación de los propietarios a la junta en que se adoptan los correspondientes acuerdos por los que se ha de regir la vida comunitaria; para ello la Ley determina la forma en la que se ha de llevar a efecto tal citación, indicando tres posibilidades al respecto, a través de un orden jerárquico de necesaria observancia: primero; si el propietario ha comunicado un domicilio para sus notificaciones, en tal lugar; en defecto de una comunicación de tal clase, es válida la practicada en el piso o local integrados en la comunidad accionante, llevada a efecto con quien los ocupara, y, ante la imposibilidad de la citación, en los domicilios indicados, a través de notificación en tablón de anuncios.

De esta forma, se concilia el necesario conocimiento que corresponde al propietario para ejercitar su derecho de voto, y, por otra parte, los indiscutibles intereses de la comunidad en su conjunto, que no puede quedar paralizada por la imposibilidad de practicar una notificación al propietario, siempre claro está cuando se haya intentado llevarla a efecto con sujeción a los requisitos legales de validez antes reseñados.

La sentencia 444/2007, de 3 mayo, señala que "[...] las citaciones debían entregarse por escrito en el domicilio que hubiera designado cada propietario y, en su defecto, en el piso a él perteneciente".

En el mismo sentido, la STS 726/2007, de 28 de junio, precisa la trascendencia e importancia de cumplir con los requisitos legalmente exigidos para la citación de los propietarios a Junta, a los efectos de ejercitar su derecho de disposición sobre los asuntos comunes, a través del ejercicio del derecho voto y lo hace en los términos siguientes:

"La Ley de Propiedad Horizontal ha dispuesto unas normas para la convocatoria de las Juntas de Propietarios, que deben ser cumplidas, al configurar un sistema de garantías, ya que, si bien los titulares de pisos o locales de negocio gozan de libertad de acudir o no a las Juntas, no se les puede impedir su asistencia por falta de conocimiento de su celebración.

En la citación correspondiente, debe constar el lugar, el día y la hora de celebración y el orden del día, pues, como antes se ha indicado, aunque la asistencia sea voluntaria, no cabe privar a ningún propietario del previo conocimiento de los temas a tratar, que les sirva para decidir su posición y su asistencia, lo que resultará imposible si no figura en la convocatoria.

La citación debe ser personal y por escrito en el domicilio señalado, que constituya la residencia de los titulares en España, o, en su defecto, en el propio piso o local y, subsidiariamente, en el tablón de anuncios o lugar destinado en la finca a estos fines, sin que quepa que las convocatorias, con todos los requisitos exigidos, se efectúen verbalmente, toda vez que ello quiebra las garantías concernientes al propietario.

La Ley establece que la asistencia a la Junta será personal o por representación legal o voluntaria, y, para acreditar ésta, basta un escrito firmado por el propietario".

2.- Trascendencia jurídica de la falta de citación de los copropietarios a Junta e invalidez de la misma por violación de los requisitos legales que la regula

Las normas que rigen la forma de practicar tales citaciones tienen carácter imperativo, siendo, por lo tanto, de necesario y obligado cumplimiento, cuya vulneración es sancionada por la jurisprudencia con la nulidad radical de la Junta y de los acuerdos en ella adoptados, - sentencias de 3 de mayo de 1988, 25 de octubre de 1989, 29 de octubre de 1993, 3 de febrero de 1994 y 21 de julio de 1995 entre otras-, sin que la entrega de la citación por escrito en el domicilio de cada propietario pueda omitirse o sustituirse por otra formalidad alegando viciosas practicas o usos que, por contrarias a la ley, no pueden judicialmente aprobarse - sentencia de 30 octubre 1992- o hacerse descansar en simples suposiciones de conocimiento - sentencia de 14 de diciembre 2001-.

Como manifestación de tal doctrina podemos citar la sentencia 706/2003, de 10 julio, que en su fundamento de derecho tercero indica:

"Todo copropietario tiene derecho a que se le cite debidamente a las Juntas de la Comunidad de Propiedad Horizontal a que pertenece, y máxime si se van a adoptar acuerdos que le afectan directamente [...] Por lo dicho es plenamente ajustada a Derecho la resolución de la instancia que declara la nulidad de la Junta y de todos sus acuerdos en aplicación del art. 15, párrafo segundo, LPH, redactado por Ley 2/1988, y de la doctrina jurisprudencial al respecto (Sentencias, entre otras, de 25 octubre 1989 y 20 octubre 1993)".

3.- Carga de la prueba sobre la práctica de la citación

No ofrece duda tampoco que ante las dificultades que implica el acreditamiento de un hecho negativo, cual es el de no haber sido citado un propietario a junta, una distribución racional de la carga de la prueba exige que corresponda la demostración de haberla realizado a quien tiene la obligación de llevarla a efecto, que no es otra que la comunidad de propietarios para la cual constituye un hecho positivo de factible y necesaria demostración.

En este sentido, podemos citar la sentencia 706/2003, de 10 julio, cuando razona al respecto:

"Efectivamente, la Sentencia recurrida sostiene que la Comunidad debe probar haber convocado a los copropietarios a la Junta, y que, si por un comunero se niega haber recibido la citación, incumbe a dicha Comunidad la carga de la prueba de que la misma se efectuó. Esta doctrina, que constituye fundamento decisivo del fallo, es correcta porque la alegación de falta de citación implica un hecho negativo, que, al no poder ser probado mediante un hecho positivo del mismo significado, produce el efecto de desplazar el "onus probandi" a la parte que sostiene que la citación ha tenido lugar. La solución adoptada se ajusta a la doctrina mantenida por esta Sala, tanto con carácter general respecto de los hechos negativos (Sentencias 3 junio 1.935, 10 julio 1.967, 17 octubre 1.983, 8 octubre 1.984, 23 septiembre 1.986, 8 julio 1.988, 8 marzo y 30 abril 1.991, 9 febrero 1.993 y 4 febrero 2.002, entre otras), como en particular en relación con la citación para las Juntas de Propietarios (Sentencia 30 abril 1.992)".

4.- El comportamiento renuente de los propietarios a tomar constancia de la citación a la Junta

Ahora bien, la jurisprudencia igualmente previene sobre las prácticas abusivas de los copropietarios evitando ser notificados, con la fraudulenta intención de paralizar la vida comunitaria, y evitar asumir sus obligaciones frente al resto de los comuneros, haciendo recaer sobre éstos la obligación de soportar gastos que no les corresponden.

A una consideración de tal clase responde la sentencia 987/2007, de 19 de septiembre, que nos previene al respecto, señalando:

"Con reiteración esta Sala ha señalado que nada impide, tanto desde el punto de vista sustantivo (art. 15, párrafo segundo, LPH), como probatorio, que se pueda considerar acreditado haber tenido lugar la citación de un comunero a la Junta general, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o del correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias y entre ellas la de que se trate de un sistema habitual de comunicación entre la Comunidad y los comuneros sin queja o protesta de sus integrantes (SSTS 13 de marzo 1997; 10 de julio 2003; 22 de marzo 2006).

Lo que se pretende es dinamizar la vida de la comunidad y evitar que la pasividad de los copropietarios no entorpezca el funcionamiento de la institución, propugnando un criterio flexible en ésta y en otras cuestiones en armonía con las directrices de la propia Ley, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad (STS 5 de mayo de 2000). Se trata, en definitiva, de armonizar los derechos de los comuneros con los de la propia comunidad, y ello permite, sin duda, dotar de eficacia situaciones que aun alejadas de un formalismo extremo, no causan indefensión ni perjuicio a los comuneros, como es el caso contemplado en la sentencia de 28 de febrero 2005, en la que se toma en consideración el hecho de que no se hubiera formulado objeción alguna a los acuerdos adoptados, con base en que se tomaron sin cumplimentar las reglas de la unanimidad o la mayoría que, según los

casos, exige la L.P.H, o en cualquier otra causa determinante de su nulidad, al fundamentarse exclusivamente en un defecto de convocatoria a la Junta y no en la entidad o contenido del propio acuerdo".

En el caso contemplado en esta sentencia 987/2007 se tuvo en cuenta que el medio empleado de comunicación con el recurrente era el habitualmente utilizado para la citación a la junta de propietarios y para la notificación de acuerdos de esta naturaleza, "[...] recepcionando -dicho recurrente- siempre inmediatamente la documentación recibida", y que la falta de conocimiento de la convocatoria alegada respondió "[...] a causas exclusivamente vinculadas a una actitud renuente a conocerla". La entrega al servicio de correos, para junta a celebrar el 10 de diciembre, se produjo el 27 de noviembre, y se intentó hacer llegar a su destinatario al día siguiente, dejando transcurrir un mes para recoger la carta, "[...] sin haber manifestado justificación o razón alguna en el retraso".

La doctrina de dicha sentencia fue ratificada por la ulterior 1368/2007, de 18 de diciembre, en un caso en el que se dotó de eficacia, a los efectos de citación del propietario recurrente, a la carta enviada a éste, presumiendo su recepción en la medida que era el medio habitual de comunicación y había venido dando resultado positivo, al menos, en los cinco años anteriores, concluyendo que "[...] la eficacia de ese medio de comunicación habitual no es posible ignorarla cuando los acuerdos no interesan, como aquí acontece, pues de ser así, ese comportamiento implicaría una mala fe obstativa a ser notificado, que en ningún caso priva de eficacia jurídica al acto de comunicación intentado por la Comunidad".

En dicha sentencia se argumentó, en lo que ahora nos interesa:

"El análisis de la doctrina de esta Sala en torno a la interpretación del mencionado precepto conduce a una solución plenamente coincidente con los argumentos jurídicos utilizados por Audiencia pues como señaló la reciente Sentencia de 19 de septiembre de 2007, (Recurso de Casación 3442/2000) que "Con reiteración esta Sala ha señalado que nada impide, tanto desde el punto de vista sustantivo (art. 15, párrafo segundo, LPH), como probatorio, que se pueda considerar acreditado haber tenido lugar la citación de un comunero a la Junta general, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o del correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias y entre ellas la de que se trate de un sistema habitual de comunicación entre la Comunidad y los comuneros sin queja o protesta de sus integrantes (SSTS 13 de marzo 1997; 10 de julio 2003; 22 de marzo 2006)"; en definitiva, pese al carácter ius cogens de las normas reguladoras de la convocatoria, la jurisprudencia ha venido a flexibilizar el régimen con el fin de "dinamizar la vida de la comunidad y evitar que la pasividad de los copropietarios no entorpezca el funcionamiento de la institución, propugnando un criterio flexible en esta y en otras cuestiones en armonía con las directrices de la propia Ley, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad (STS 5 de mayo de 2000). Se trata, en definitiva, de armonizar los derechos de los comuneros con los de la propia comunidad, y ello permite, sin duda, dotar de eficacia situaciones que aun alejadas de un formalismo extremo, no causan indefensión ni perjuicio a los comuneros...".

5.- Aplicación de la doctrina citada a las circunstancias concurrentes y respeto al hecho probado de la Audiencia

El respeto de los hechos probados de la sentencia de la Audiencia determina que no podamos considerar infringida la mentada doctrina, dado que l**as convocatorias se efectuaron con muy escasa antelación temporal pese a la trascendencia de los acuerdos a adoptar y sus repercusiones económicas, de manera que tal que a veces fueron entregadas con posterioridad a su celebración o sin antelación mínima suficiente, el mismo día, sin que se declare acreditada una conducta renuente de los titulares de los locales para entorpecer la vida social impidiendo la adopción interesada de acuerdos por las juntas convocadas al respecto.**

Es por ello, que el recurso interpuesto no puede ser estimado.

CUARTO.- Examen del segundo de los motivos de casación

El motivo segundo se formuló de la manera siguiente, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 5 de la LPH, y de conformidad con el art. 477. 2. 3.º de la LEC, por presentar interés casacional, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en sentencias de la Sala Primera de 29 de enero de 2007 (recurso 347/2000) y 575/2005, de 5 de julio, que establecen que podrá instarse la modificación judicial de las cuotas fijadas cuando en la determinación de éstas no se hubieran respetado los criterios establecidos en el art. 5 de la LPH.

En efecto, la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2007 (recurso 347/2000) señala que el conocimiento de los estatutos en el momento en que se compran los pisos y locales en propiedad, juntamente con la también verificada unanimidad en la adopción de los acuerdos aprobatorios de los estatutos, por quienes entonces eran propietarios, y la falta de impugnación oportuna y en forma de tales acuerdos:

"[...] no obsta, sin embargo, a que pueda instarse la modificación de los coeficientes asignados a cada piso o local del inmueble, cuando en la fijación de éstos no se hubieran respetados los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Como se dice en la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2005, "entre los modos de fijar la modificación del sistema de cuotas de participación, fuera del acuerdo unánime de los copropietarios, se puede, precisamente, cumpliendo los requisitos legales exigibles al respecto, determinar aquellas conforme al artículo 5º de la dicha Ley, por "resolución judicial", que es lo acontecido en el presente caso, de manera que huelga insistir en el examen de la jurisprudencia acerca de la necesidad de unanimidad para modificar los estatutos que rigen una determinada comunidad de propietarios, según la Ley de Propiedad Horizontal, que, por su notoriedad, resulta obvia, pues lo que en realidad se

debate es la legitimidad en casos como el presente de establecer, mediante juicio declarativo por sentencia, las modificaciones que se propugnan en función de la prueba practicada"; legitimidad para instar la modificación de coeficientes al margen de la unanimidad de los copropietarios y de la impugnación de los acuerdos de la comunidad que también se declara en la Sentencia de 11 de abril de 1995".

El recurso realmente no cuestiona la posibilidad de revisión de las cuotas de participación mediante resolución judicial, sino que se fundamenta en el hecho de no haberse respetado los criterios establecidos en el art. 5 de la LPH, basándose la resolución recurrida exclusivamente en la superficie, sin atención a los otros criterios que establece dicho precepto, y si a eso añadimos el error patente de atribuir la condición de metros útiles a los registrales de todos los locales y viviendas cuando así no resulta de dicha certificación, así como atribuir una cuota de participación a una terraza, como si tratase de finca independiente, el recurso debe ser estimado.

La sentencia de la Audiencia aprecia que existe manifiesta desproporción entre las cuotas que vienen siendo aplicadas para contribuir a los gastos comunes a cargo de los titulares de los locales y las correspondientes al resto de las fincas que conforman la edificación, y así resulta simplemente con tener en cuenta que, en atención tan solo a los metros cuadrados que corresponden en conjunto a las seis fincas registrales, que se elevan a 615 metros cuadrados según las certificaciones del Registro, a un local de 75 metros cuadrados se le adjudica una cuota en la totalidad del edificio del 35%, y al otro, de tan solo 35 metros cuadrados, una cuarta parte en la contribución total a los gastos comunes (25%).

Ahora bien, ello no significa que podamos refrendar la sentencia de la Audiencia al establecer las nuevas cuotas de participación, toda vez que se prescinde de los condicionantes normativos establecidos al respecto en el art. 5 de la LPH. En efecto, dicho precepto establece que para fijarlas se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

Por su parte, el art. 3 LPH norma que a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad.

La cuota de participación deviene pues en un elemento esencial de la propiedad horizontal, en tanto en cuanto fija un módulo que ordena el sistema de derechos y obligaciones que dimanan de dicho régimen jurídico [arts. 9.1 e) y f); 16, 17, 19.2 d) LPH] y en concreto determina en cuánto ha de contribuir cada propietario al sostenimiento de la finca o inmueble en su conjunto.

Pues bien, si tenemos en cuenta la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia resulta que la misma se basa en la superficie de los pisos y locales que aparecen en la certificación registral, sin tener en cuenta la superficie útil, como señala el art. 5 de la LPH, es decir la comprendida dentro del perímetro de cada uno de las fincas litigiosas. Además, se atribuye una cuota a la terraza lo que constituye patente error al no ser una finca independiente, constituir cubierta del edificio, y resultar descrita dentro del piso tercero, y no se motivan las cuotas de participación fijadas en relación con los otros criterios que señala el mentado precepto: emplazamiento interior o exterior; su situación entendida en la doble dimensión de la ubicación de los pisos y locales en el inmueble, así como la zona urbana en que se encuentre radicado el edificio, y el uso que se presuma racionalmente se va a efectuar de los servicios o elementos comunes.

Es por ello, que se deja para el trámite de ejecución de sentencia la fijación de las nuevas cuotas, al no poder aceptarse las fijadas por la Audiencia, lo que conduce a la estimación del recurso, dictando por este tribunal la sentencia correspondiente para respetar lo dispuesto en el art. 5 de la LPH.

QUINTO.- Examen del tercero de los motivos de casación

El tercero de los motivos de casación se formula, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 396 del Código Civil y el art. 3 de la LPH y de conformidad con el art. 477. 2. 3.º de la LEC, por presentar interés casacional, al oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en la sentencia 25/2007, de 1 de febrero, que atribuye cuota de participación en los elementos comunes al piso o local con aprovechamiento independiente y no a una terraza sin aprovechamiento de tal clase.

El recurso no puede ser estimado, toda vez que se fundamenta en una única sentencia, que es impropia para acreditar el interés casacional, y no aborda la sentencia citada directamente la cuestión controvertida, independientemente de que al respecto se ha estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, toda vez que en la certificación registral la terraza no figura, como es natural como finca independiente, con su correspondiente cuota de participación en los gastos comunes.

SEXTO.- Costas y depósitos

La estimación de los recursos extraordinarios interpuestos determina no se haga especial condena en costas y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (art. 398 de la LEC y Disposición Adicional 15. Regla 8.ª LOPJ).

Al asumir la instancia el recurso de apelación debió de ser estimado por lo que no se imponen sus costas a la parte recurrente (art. 398 LEC), con la correlativa devolución del depósito para apelar.

La estimación de la demanda conduce a la imposición de las costas de primera instancia, ya que ya se postulaba, en su caso, fijar las nuevas cuotas en trámite de ejecución de sentencia (art. 394 LEC).

FALLAMOS

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

:

1.º- Estimar en parte los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos, contra la sentencia, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Donostia n.º 72/2018, de 19 de febrero, sin imposición de costas y devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

2.º- Casar la precitada sentencia, dejándola sin efecto, y, estimando el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Donostia, en los autos de juicio ordinario 889/2016, se declaran:

I.- Nulas las Juntas celebradas con fecha 16 de diciembre de 2015, 4 de abril, 18 de julio y 20 de julio de 2016, así como los acuerdos adoptados en las mismas.

II.- Nulas las cuotas de participación utilizadas por la Comunidad demandada, debiendo ser fijadas las nuevas cuotas, por el Juzgado, en trámite de ejecución de sentencia, con arreglo a las bases siguientes:

i. En atención a la superficie útil de los distintos pisos y locales, que constituyen las fincas descritas en la escritura de obra nueva y división horizontal en relación con el total del inmueble.

ii. El emplazamiento interior o exterior.

iii.- Su situación.

iv.- Y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

III.- Una vez firme el pronunciamiento que fije las nuevas cuotas de participación se librará mandamiento al Registro para su reflejo registral.

Todo ello, sin imposición de las costas correspondientes al recurso de apelación y con preceptiva condena de las de primera instancia a la parte demandada.

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

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

Así se acuerda y firma.