

La cuota de participación en la propiedad horizontal: su fijación y su alteración

The participation share in horizontal property: establishing and altering it

por

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid
Exletrado del Tribunal Constitucional
Abogado*

RESUMEN: La cuota de participación expresa el valor proporcional que cada piso o local tiene en relación con el valor del inmueble en su totalidad, y tiene como finalidad servir para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal. La cuota debe expresarse en centésimas y fijarse atendiendo a los criterios imperativos que establece el artículo 5 LPH, que no son cerrados ni excluyentes, por lo que pueden tenerse en cuenta otros, especialmente los que atienden al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que permite contemplar la función que cumple la cuota como elemento a ponderar en la formación de la denominada mayoría de intereses o de cuotas necesaria para la aprobación de los acuerdos comunitarios. El principio de invariabilidad de las cuotas de participación impide que una vez fijadas puedan ser alteradas, salvo que concurren circunstancias sobrevenidas que autorizan su modificación. En todo caso, la modificación de las cuotas precisa del consentimiento individualizado de todos los propietarios, al constituir un acto de disposición que afecta

al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario. No obstante, cuando las cuotas se hayan fijado incumpliendo los criterios imperativos del artículo 5 LPH, y hayan sido fijadas con error, arbitrariedad o injusticia notoria, podrán ser rectificadas por resolución judicial o por laudo arbitral.

ABSTRACT: The participation share expresses the proportional value that each flat or the premises have in relation to the value of the entire property, and the aim is for it to serve to correctly and fairly determine the exercising of the rights and fulfilment of the obligations and encumbrances that arise from the horizontal property regime. The share must be expressed in hundredths and set taking into account the governing criteria that are established in Artículo 5 of the Horizontal Property Act, which are not fixed or exclusive, so others can be taken into account, especially those that adhere to the principle of equality-proportionality, which enables one to consider the function that the share fulfils as an element to be weighed up constitution of the so-called majority of interests or shares needed for the approval of the homeowners association agreements. The principle of the invariability of the participation shares means that once they have been set they cannot be altered, unless certain circumstances come together that authorise their modification. However, modification of the shares requires the separate consent of all the owners, because it constitutes an act of disposal of assets that affects the essential content of every owner's property rights. However, when the shares have been set without complying with the criteria stipulated in Artículo 5 of the Horizontal Property Act, and have been established erroneously, arbitrarily or in a manifestly unfair way, they may be rectified either by a legal ruling or by an arbitration award.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal. Condominio. Cuota de participación. Comunidad de propietarios.

KEY WORDS: *Horizontal Property. Condominium, Participation Share, Homeowners Association.*

SUMARIO: I. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN.—II. LA FIJACIÓN INICIAL DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN: 1. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN POR LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO O PROPIETARIOS DEL EDIFICIO. 2. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS POR LAUDO. 3. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.—III. LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS: 1. LA «SUPERFICIE ÚTIL». 2. EL «EMPLAZAMIENTO INTERIOR O EXTERIOR». 3. LA «SITUACIÓN». 4. EL «USO QUE SE PRESUMA RACIONALMENTE QUE VA A EFECTUARSE DE LOS SERVICIOS

O ELEMENTOS COMUNES». 5. APLICACIÓN DE OTROS CRITERIOS NO PREVISTOS EN LA LEY PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD-PROPORCIONALIDAD.—IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN INICIALMENTE ESTABLECIDAS: 1. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: A) *La modificación de las cuotas a causa de las mejoras o menoscabos originados en los pisos o locales.* B) *La modificación de las cuotas a causa de la división o unión material de pisos o locales.* C) *La modificación de las cuotas a causa de la construcción de nuevas plantas o debidas a cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes.* D) *La modificación de las cuotas que deriva de la desafectación de un elemento común que es enajenado como una nueva finca de la propiedad horizontal.* 2. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN SIN QUE EXISTAN CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS. 3. LA REVISIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN CUANDO HAYAN SIDO FIJADAS CON ERROR, ARBITRARIEDAD O NOTORIA INJUSTICIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN¹

En la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (y en sus modificaciones posteriores) (en adelante, simplemente, LPH) la cuota de participación² que corresponde a cada piso o local susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, que puede ser objeto de propiedad «separada» [arts. 396 del Código Civil y 3.a) LPH], no es un mero módulo de distribución de los gastos generales o comunes del edificio, ni el porcentaje de participación de cada propietario en la copropiedad de los elementos comunes, sino la expresión del valor proporcional que cada piso o local representa en el conjunto del inmueble, que sirve para cuantificar numéricamente la participación de cada propietario en las cargas y beneficios que derivan del régimen de la propiedad horizontal.

En el sistema de la LPH la cuota de participación cumple tres importantes funciones:

A) En el plano patrimonial, representa la parte o fracción que corresponde a cada propietario en el valor total del edificio [artículos 3, párrafo 2.º LPH y 8.4.º LH]³. Interesa destacar, en este punto, que lo que la cuota expresa es el *valor proporcional* de cada piso o local en relación con el valor del inmueble en su totalidad, lo que, en principio, es algo distinto e independiente del valor de mercado o del valor intrínseco de cada piso o local⁴, que puede ser objeto de alteraciones a lo largo del tiempo en virtud de las modas de cada época⁵, de la actividad urbanizadora de la Administración Pública o de las mejoras o menoscabos que hayan podido afectar al propio piso o local⁶.

En esta función, la cuota de participación es especialmente relevante, por ejemplo, en los casos de venta o arrendamiento de algún elemento común del edificio (vivienda del portero, colocación de rótulos en la fachada o en la cubierta), o en los casos de constitución del derecho de vuelo o de sobreedificación, o en los supuestos de destrucción o expropiación forzosa del inmueble, pues en todos estos supuestos el precio, las indemnizaciones, o el solar resultante se repartirá entre los propietarios en atención a sus respectivas cuotas de participación. La cuota también suele ser tenida en cuenta para distribuir el préstamo hipotecario constituido sobre todo el inmueble antes de haberse sometido al régimen de la propiedad horizontal entre los diferentes pisos o locales (normalmente para la financiación de su construcción).

Una consecuencia refleja o indirecta de este valor proporcional de la cuota es que sirve para determinar el porcentaje con el que cada propietario participa en los beneficios y desventajas que derivan de los elementos comunes⁷. Conviene, no obstante, no confundir o identificar la cuota de participación en la propiedad horizontal que regulan los artículos 3 y 5 LPH y 8.4.º LH, con la cuota o porcentaje de participación del propietario en los elementos comunes, como sucede en la copropiedad ordinaria, en la que la cuota no es más que eso, la medida de la participación en la cosa común⁸. Por el contrario, en la propiedad horizontal la cuota es algo más, define porcentualmente la participación o medida del derecho de cada propietario en todo el régimen de la propiedad horizontal. Esto es así porque en la propiedad horizontal cada propietario es titular de un derecho de *naturaleza dual*⁹ ya que su contenido incluye dos derechos indisolublemente unidos: (a) el derecho de propiedad singular y exclusivo sobre su piso o local y (b) el derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes que lleva inherente la titularidad privativa (arts. 396 del Código Civil y 3 LPH), razón por la cual la fijación de la cuota tiene como finalidad establecer un criterio de proporcionalidad económica y jurídica que sirva para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal¹⁰.

B) En el ámbito de los gastos comunes, la cuota sirve para determinar el montante económico con el que cada propietario debe contribuir a sufragar los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, y los servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización [art. 9.1.e) LPH]. Lo decisivo para que la cuota de participación actúe en este plano es precisamente que el concepto que origina o del que deriva el gasto no pueda determinarse o imputarse de forma concreta e individualizada para cada propietario, pues si la individualización es posible, por ejemplo, mediante la colocación del oportuno contador o aparato medidor, cada propietario contribuirá al concepto del que deriva el gasto de acuerdo al uso, utilización o consumo que efectúe y el gasto dejará de ser general o comunitario para ser

privativo y exclusivo de cada propietario. En este punto, sin embargo, la cuota de participación es subsidiaria pues, conforme a los artículos 5, párrafo 3.º y 9.1.e) LPH, solo regirá para la distribución de los gastos generales cuando en los Estatutos no esté «especialmente establecido» otro módulo o sistema de contribución a los gastos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en las SSTS de 28 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984, 6300), 2 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 1745), 2 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 700) y 7 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 3257), entre otras muchas.

C) En el ámbito político o de gobierno de la comunidad, la cuota de participación desempeña un papel de extraordinaria importancia a la hora de determinar la validez de los acuerdos aprobados en la Junta de Propietarios, ya que, conforme al denominado sistema de doble mayoría que rige la adopción de acuerdos en la propiedad horizontal¹¹, para que puedan aprobarse válidamente los acuerdos comunitarios no solo es necesario que se alcance la *mayoría personal* que la ley exige en cada caso, que se obtendrá con el número de votos personales positivos de los propietarios (principio democrático o mayoría de cabezas), sino que también es preciso que se alcance la *mayoría de cuotas* correspondientes, de modo que los propietarios que hayan votado a favor del acuerdo sean titulares de un número de cuotas equivalente a la mayoría exigida (principio patrimonial o mayoría de intereses) (*vid.*, art. 17 LPH). En consecuencia, a mayor cuota de participación mayor poder de decisión del propietario en la adopción de los acuerdos comunitarios ya sea para aprobarlos o para impedirlos. En la misma línea de influencia en las decisiones de la comunidad, los propietarios que representen, al menos, el 25 por 100 de las cuotas de participación están legitimados para solicitar la convocatoria de una Junta (art. 16.1 LPH).

La importante significación que la cuota de participación tiene en la propiedad horizontal determina que la cuota sea, junto a los elementos privativos y a los elementos comunes uno de los tres componentes esenciales o constitutivos del régimen jurídico de la propiedad horizontal. En este sentido, resulta conveniente recordar que para que pueda nacer o constituirse la propiedad horizontal es necesario que concurren tres requisitos esenciales:

a) El piso o local. El primer requisito o elemento que debe concurrir para la existencia de la propiedad horizontal es una pluralidad de unidades inmobiliarias independientes susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública susceptible de ser objeto de propiedad separada [art. 396 del Código Civil y 3.a) LPH]. Para que exista la propiedad horizontal es necesario, como mínimo, la existencia de dos departamentos independientes que constituyen el elemento principal de la propiedad horizontal ya que son su razón de ser, en cuanto que son el objeto del derecho singular y exclusivo del derecho de propiedad privada característica de esta forma especial de propiedad inmobiliaria [artículos 1 y 3.a) LPH].

b) Los elementos comunes. Al ser la propiedad horizontal un régimen de propiedad inmobiliaria que se caracteriza porque el derecho singular y exclusivo de cada propietario sobre su respectivo piso o local privativo, lleva inherente un derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos comunes del edificio, sin elementos comunes o, si se prefiere, sin la singular comunidad funcional que se necesita para que exista la propiedad horizontal no puede darse la situación de propiedad horizontal en la medida en que es esa comunidad funcional la que permite conectar todos los pisos o locales y aglutinarlos en una entidad orgánica superior que es el conjunto inmobiliario (edificio, urbanización). Los elementos comunes están por ello vinculados a los pisos o elementos comunes por una relación de accesoriedad, que hace que no puedan ser enajenados, gravados ni embargados separadamente de los elementos privativos de los que son «anejo inseparable» (párr. 2.º del art. 396 del Código Civil).

c) La cuota de participación. Mediante la cuota se organiza jurídicamente todo el complejo de derechos, facultades, cargas y obligaciones que derivan del régimen de la propiedad horizontal. Por esta razón, no puede existir la propiedad horizontal sin que exista la cuota de participación. De forma análoga a lo que sucede en la comunidad de bienes de tipo romano que no puede existir sin la idea de la cuota indivisa (*vid.*, art. 393 del Código Civil), sin la existencia de la cuota de participación no existe ni puede existir la propiedad horizontal. Cosa distinta es que puede darse una situación de propiedad horizontal en la que la cuota transitoriamente no esté fijada o cuantificada formalmente, en estos casos, la cuota, en cuanto componente institucional o necesario de la propiedad horizontal, existe, lo que ocurre es que no está determinada inicialmente y solo está necesitada de su cuantificación numérica de conformidad con los criterios establecidos en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH que luego estudiaremos. El supuesto más frecuente de estas situaciones se producirá, normalmente, en el ámbito de la llamada propiedad horizontal de hecho [art. 2.b) LPH]¹².

El carácter esencial o constitutivo de la cuota para el nacimiento de la propiedad horizontal determina que su fijación constituya un verdadero acto de disposición o de configuración jurídica del régimen de la propiedad horizontal que precisa siempre del consentimiento o voluntad del propietario o propietarios del edificio o inmueble que se sujeta al régimen de la propiedad horizontal. Sobre esta cuestión volveremos más tarde, baste con dejarla en este momento apuntada.

II. LA FIJACIÓN INICIAL DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN

En principio, y ello será lo normal, las cuotas de participación de cada uno de los pisos y locales en que se divide el edificio, se establecerán al tiempo

del nacimiento o constitución del régimen de la propiedad horizontal, y esta es la idea que parece presidir la redacción del artículo 5 LPH cuando contempla la fijación de las cuotas de participación de cada piso o local como uno de los contenidos esenciales o necesarios del título constitutivo.

Sin embargo, puede darse el supuesto de que exista una propiedad horizontal en la que no se haya otorgado el título constitutivo o que habiéndose otorgado este título no se haya incluido en él la fijación de las cuotas de participación de cada piso o local. El propio tenor literal del párrafo 2.º del artículo 5 LPH parece contemplar la situación de una propiedad horizontal que no tiene todavía establecidas las cuotas de participación al disponer que pueden fijarse, entre otros, «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*».

La existencia de una propiedad horizontal sin que se haya otorgado el correspondiente título constitutivo formal y, por ende, sin la fijación de las cuotas de participación, es posible ya que nuestro Derecho no exige para el nacimiento o constitución de la propiedad horizontal ninguna formalidad específica¹³. Por ello, junto a la propiedad horizontal titulizada o formalizada mediante el título constitutivo del que trata el artículo 5 LPH, caben situaciones de propiedad horizontal en las que no se ha otorgado el título *formal* constitutivo de esta forma especial de propiedad inmobiliaria. Estas situaciones, conocidas en la doctrina como propiedad horizontal de hecho, han sido admitidas desde siempre por la práctica y por la doctrina hasta el punto de que el propio legislador, desde la Ley 8/1999, de 6 de abril, que dio nueva redacción al artículo 2.b) LPH, ha sancionado expresamente su legalidad al disponer ahora que las normas de la propiedad horizontal se aplicarán también «a las comunidades (de propietarios) que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal», esto es, el título previsto en el artículo 5 LPH.

El párrafo 2.º del artículo 5 LPH al disponer que la cuota de participación que corresponde a cada piso o local será «determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial», establece los modos de fijación de la cuota que, son, como vemos, los siguientes:

1. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN POR LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO O PROPIETARIOS DEL EDIFICIO

Evidentemente, al ser la cuota uno de los componentes esenciales o constitutivos de la propiedad horizontal, su fijación (como la determinación de lo que puedan ser los pisos o locales privativos y sus elementos comunes, al menos, los elementos comunes no esenciales o por destino) entraña un acto de disposición sobre el edificio y de configuración jurídica del régimen de la

propiedad horizontal que exige la voluntad o el consentimiento del propietario único, si el edificio le pertenece en exclusiva, o el consentimiento de todos los propietarios, si el edificio pertenece a una pluralidad de propietarios (art. 397 del Código Civil) que, normalmente, se manifestará al tiempo del otorgamiento del título constitutivo del que trata el artículo 5 LPH, mediante el cual deciden someter el edificio al régimen de la propiedad horizontal (la denominada en la práctica notarial escritura de constitución del régimen de la propiedad horizontal o, más resumidamente, escritura de división horizontal).

Cuando el edificio pertenece a un propietario único (normalmente, el promotor de la edificación), la propia ley se preocupa de precisar que en este caso, la fijación de las cuotas debe realizarse «al iniciar su venta por pisos», lo que rectamente interpretado significa que el propietario único solo está legitimado para fijar las cuotas de participación de cada piso o local con su solo consentimiento mientras el edificio siga siendo de su exclusiva propiedad, es decir, antes de que inicie la venta de los pisos en que haya dividido el inmueble a los efectos de la propiedad horizontal, ya que desde el momento en que venda los pisos (todos o alguno), al pertenecer ya el edificio a varios propietarios (al vendedor o anterior propietario único del edificio y los compradores o adquirentes de los pisos vendidos por el primero), para fijar las cuotas deberá concurrir el consentimiento individualizado y expreso de todos los propietarios del inmueble. Así, es como hay que interpretar la expresión «por acuerdo de todos los propietarios existentes», que utiliza el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, porque, a mi juicio, la palabra «acuerdo» no puede tomarse en este artículo como equivalente a acuerdo comunitario o de la Junta de propietarios pues, por definición, el artículo 5 LPH está pensando en la fase que podríamos denominar «fundacional» o constitutiva de la propiedad horizontal, en la que, lógicamente, todavía no está formada o constituida la comunidad de propietarios propiamente dicha. Si cuando la propiedad del edificio pertenece a una pluralidad de sujetos, la decisión de someterlo al régimen de la propiedad horizontal exige el consentimiento de todos los propietarios (art. 397 del Código Civil), lo mismo cabe decir para la decisión de fijar las cuotas de participación de cada uno de los pisos o locales en que se divide a efectos de la propiedad horizontal, ya que este acto constituye un acto de disposición sobre el propio régimen de la propiedad horizontal que exige el consentimiento expreso e individualizado o *uti singuli* de todos y cada uno de los propietarios del inmueble.

Pero como puede suceder que una vez constituida la propiedad horizontal los propietarios no se pongan de acuerdo sobre las cuotas que deben regirla y surja entre ellos una controversia sobre esta cuestión, la ley contempla la posibilidad de que la fijación de las cuotas se pueda realizar también por «laudo» o por «resolución judicial». Estos dos modos de fijación de las cuotas son subsidiarios ya que, en buena lógica, solo cabrá acudir a ellos cuando los propietarios no puedan alcanzar un acuerdo o consentimiento unánime.

2. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS POR LAUDO

Con la palabra «laudo» el legislador se ha querido referir a la decisión adoptada por el árbitro o árbitros designados en el seno de un procedimiento de arbitraje, cuando para resolver la controversia surgida sobre la cuota que debe fijarse para cada piso o local, los propietarios se hayan sometido a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Actualmente, este arbitraje es el regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, con las modificaciones introducidas en su texto por leyes posteriores (en adelante, simplemente, LA).

Dado que el sometimiento al arbitraje implica la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ya que impedirá a los propietarios acudir a los tribunales ordinarios de justicia, pues, en este caso, frente a la demanda judicial que pudiera promoverse, los demandados podrán planear la oportuna declinatoria alegando la falta de jurisdicción del tribunal por corresponder el conocimiento del asunto a los árbitros designados en el procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el tribunal deberá abstenerse de conocer y sobreseerá el procedimiento (arts. 11 LA y 63.1 y párr. 2.º del art. 65.2 LEC), para que resulte procedente el laudo arbitral será necesario que los propietarios hayan decidido voluntariamente someter la cuestión a arbitraje mediante la aceptación del oportuno convenio arbitral, lo cual exigirá el consentimiento de todos los propietarios en los términos previstos en el artículo 9 LA. Además, al ser la fijación de las cuotas una cuestión que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario será necesario que en el procedimiento arbitral puedan intervenir y se tramite con todos los propietarios (art. 29 LA).

Junto a la fórmula del arbitraje propiamente dicho, la expresión «laudo» que emplea la Ley puede interpretarse en un sentido amplio que dé cabida también al supuesto en el que los propietarios, sin que exista entre ellos conflicto alguno propiamente dicho, deciden voluntariamente someter la cuestión a la decisión vinculante de un tercero que emitirá el oportuno dictamen técnico elaborado normalmente por un Arquitecto o Aparejador, ya que con frecuencia la fijación de las cuotas exige mediciones de superficie y otras operaciones técnicas propias de su pericia profesional, dando lugar así a la figura del llamado arbitrador (*vid.*, arts. 1447 y 1690 del Código Civil). La propia LPH remite a esta fórmula del dictamen técnico en otros supuestos (arts. 10.3 *in fine* y 17.10 LPH).

3. LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS POR RESOLUCIÓN JUDICIAL

La «resolución judicial» hace referencia claramente a la sentencia dictada en el oportuno juicio declarativo instado por cualquiera de los propietarios interesados. Actualmente, el procedimiento adecuado para ventilar este tipo de pretensiones es el del juicio ordinario, ya que el vigente artículo 249.1.8.º

LEC, dispone que se decidirán por el cauce del juicio ordinario, por razón de la materia, las demandas en las que «se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a estos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda», por razón de su cuantía.

Al ser las cuotas de participación un elemento que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, al procedimiento judicial que se promueva para su fijación deberán ser llamados todos los propietarios del edificio ya que, en otro caso, la relación jurídico procesal se habrá constituido defectuosamente por la falta del debido *litisconsorcio* pasivo necesario que impedirá entrar en el fondo de la pretensión ejercitada, siendo esta excepción o falta de presupuesto procesal apreciable incluso de oficio (arts. 416.1.3.^a y 420 LEC).

III. LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS

Para la fijación de las cuotas de participación la ley exige que se cumplan determinados requisitos. En este punto conviene recordar que, en principio, las normas que regulan la propiedad horizontal tienen carácter imperativo y son de *ius cogens* por lo que no pueden dejarse sin efecto por la voluntad de los particulares salvo en aquellos casos en los que se admite el juego de la autonomía privada para ordenar algunos aspectos de esta forma especial de propiedad inmobiliaria. Así se suele considerar pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia en atención a la prelación de fuentes normativas que resultan del último párrafo del artículo 396 del Código Civil, que a diferencia de lo previsto para la comunidad de bienes, que se regula inicialmente por lo que hayan establecido los interesados y, subsidiariamente, por lo establecido en la ley¹⁴, dispone que «Esta forma de propiedad (la propiedad horizontal) se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados». En todo caso, las previsiones de la autonomía privada que autoriza la ley solo pueden ser válidas si respetan los límites generales de la autonomía privada, esto es, que no sean contrarias a las leyes (imperativas), a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código Civil).

En este contexto, la propia ley admite que en el título constitutivo se puedan establecer reglas de la autonomía privada relativas a la «constitución y ejercicio del derecho y disposiciones *no prohibidas por la Ley* en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, *gastos*, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 5, párr. 3.º LPH). En concreto, y por lo que interesa ahora a la cuota de participación en relación con la contribución a los

gastos generales, si bien el artículo 9.1.e) LPH establece la regla general de que los gastos generales se distribuyen entre los propietarios «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título», expresamente admite que el reparto de estos gastos se pueda realizar también de forma distinta con arreglo «a lo especialmente establecido», es decir, que la norma legal permite que el reparto de gastos se realice de acuerdo con la previsión de autonomía privada que se haya establecido en los estatutos, en cuyo caso, a estos efectos no rige la cuota de participación fijada para cada piso, sino la cuota fijada especialmente en los estatutos para el reparto de gastos.

Pues bien, sentado lo anterior el primer requisito que la ley exige a la hora de la fijación de las cuotas de participación es que forzosamente *las cuotas deben expresarse en fracciones centesimales del inmueble*, de tal modo que la suma de todas ellas sea cien. Así lo impone expresamente el párrafo 2.º del artículo 3 LPH, cuando establece 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». Por consiguiente, esta exigencia legal es imperativa e ineludible para los particulares y no admite solución distinta¹⁵.

Pero, además de tener que fijarse las cuotas de participación en forma centesimal, el párrafo 2.º del artículo 5 LPH establece que «(p)ara su fijación 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 presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elemento comunes». Estas bases, parámetros o criterios deben considerarse imperativos y así lo viene aceptando la mayoría de la doctrina, con alguna excepción¹⁶.

Que estas bases o criterios han sido establecidos por el legislador con carácter imperativo es indiscutible. Basta atender a la redacción del precepto para constatarlo («se tomará como base ...» ordena el precepto). Ahora bien, al establecer la ley una pluralidad de criterios imperativos, ya que todos ellos deben tenerse en cuenta a la hora de calcular las cuotas, no es posible una aplicación mecánica o ciega de los mismos, por lo que resulta forzoso admitir una ponderación o combinación de los criterios legales lo que, en definitiva, atribuye un cierto margen de discrecionalidad o de libertad a la hora de fijar las cuotas según se recale o enfatice más en uno que en otro criterio en atención a las circunstancias singulares de cada supuesto.

Por otra parte, no puede olvidarse que la finalidad que persigue la ley al establecer los criterios que deben tenerse en cuenta para la fijación de las cuotas no es otra que la de obtener un porcentaje que exprese, del modo más objetivo y preciso que sea posible, el valor proporcional de cada piso o local en relación con el valor total del conjunto del inmueble. Por ello, la enumeración del artículo 5 LPH no puede considerarse cerrada y excluyente y, por consiguiente, debe admitirse la posibilidad de acudir a otros criterios de valoración cuando las circunstancias de cada caso así lo aconsejen. Así

lo acepta la doctrina científica¹⁷ y la jurisprudencia. En este sentido, pueden citarse, entre otras, la SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 25 de julio de 2006 (*JUR* 2007, 107712), la SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 18 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 256824) y la SAP de Málaga (Sección 4.^a) de 4 de febrero de 2008 (*AC* 2008, 1211).

En todo caso, la obligatoriedad de las bases que impone el artículo 5 LPH impide que pueda operar el criterio supletorio de presunción de igualdad de cuotas que rige en la comunidad de bienes ordinaria cuando no se conocen las cuotas de cada condueño (art. 393 del Código Civil), ya que si el legislador ha querido que las cuotas de cada piso o local se fijen forzosamente conforme a los criterios que establece, este designio legal excluye por su propia naturaleza la presunción de igualdad de cuotas¹⁸.

Veamos pormenorizadamente cada uno de los criterios o bases a las que debe ajustarse la fijación de las cuotas:

1. LA «SUPERFICIE ÚTIL»

El primer criterio o base al que hay que acudir para la fijación de las cuotas es el de la «superficie útil», no solo porque es el primer criterio que menciona el artículo 5 LPH sino también porque normalmente será el más objetivo y fácil de determinar. La LPH no define lo que debe entenderse por superficie útil, pero al exigir que se esté a la superficie útil es obligado distinguir la superficie útil de la superficie construida ya que si el legislador no hubiera querido diferenciar estos dos tipos de superficie no hubiera especificado que la superficie a la que hay que estar es a la superficie útil con lo que descarta la superficie construida. En principio, la superficie útil que debe computarse es la del propio piso o local privativo y si la propiedad privativa tiene asignada en el título algún «anejo» (por ejemplo, trastero, carbonera, plaza de garaje), también la superficie de este elemento privativo accesorio y vinculado al piso o local principal debe ser contabilizado [art. 3.a) LPH].

Tampoco debe descartarse ni resulta extravagante que pueda computarse también alguna fracción o parte de la superficie útil de los elementos comunes, especialmente si son de uso exclusivo del piso o local (por ejemplo, las terrazas a nivel de los pisos ático, o la superficie del patio en los locales o pisos de la planta baja). Esto es así porque el valor que expresa la cuota de participación es, como reza la exposición de motivos de la LPH, «el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble», por lo que al ser la copropiedad de los elementos comunes un derecho inherente a la propiedad exclusiva de cada piso o local, es claro que los elementos comunes son también, en gran medida, una parte de la que participa el derecho de cada propietario en el conjunto del inmueble¹⁹.

En la práctica, en ausencia de una norma más específica, se suele acudir, por analogía, al concepto de superficie útil que se aplica en la legislación de viviendas de protección oficial. A tal efecto, resulta conveniente tener presente lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial (BOE del 16 de enero de 1979), que establece lo siguiente:

«Artículo 4. Superficie útil.

Se entiende por superficie útil la del suelo de la vivienda, cerrada por el perímetro definido por la cara interior de sus cerramientos con el exterior o con otras viviendas o locales de cualquier uso. Asimismo incluirá la mitad de la superficie de suelo de los espacios exteriores de uso privativo de la vivienda, tales como terrazas, miradores, tendaderos, u otros hasta un máximo del diez por ciento de la superficie útil cerrada.

Del cómputo de superficie útil queda excluida la superficie ocupada en la planta por los cerramientos interiores de la vivienda, fijos o móviles, por los elementos estructurales verticales y por las canalizaciones o conductos con sección horizontal superior a cien centímetros cuadrados, así como la superficie de suelo en la que la altura libre sea inferior a uno coma cincuenta metros cuadrados.

Cuando se trate de viviendas iguales y dispuestas en columna vertical, dentro de un mismo edificio para el cómputo de las superficies ocupadas en planta por los elementos estructurales verticales y por las canalizaciones o conductos con sección horizontal superior a cien centímetros cuadrados, se tomará la media aritmética de los valores correspondientes a las viviendas situadas en las plantas inferior y superior de la columna, siempre que la divergencia entre aquellos valores no sea superior al ciento por ciento».

2. EL «EMPLAZAMIENTO INTERIOR O EXTERIOR»

Este es el segundo criterio que enumera la ley. Entiendo que por emplazamiento el legislador no se está refiriendo a la calle o zona geográfica en que se ubica el edificio, porque, por definición, todos los pisos y locales que lo integran se ubican en la misma zona. Por ello, la mención al emplazamiento seguido de la referencia a los adjetivos «exterior» o «interior» obliga a acudir a la definición de estos adjetivos. En este sentido, según el diccionario de la RAE, exterior es lo «que está por la parte de fuera», mientras que interior es lo «que está en la parte de adentro». En consecuencia, lo que la ley quiere destacar es que es preciso atender a si dentro de un mismo edificio o urbanización el piso es «exterior», es decir, da a la calle o a una zona abierta, lo que propor-

cionará, en principio, más luz, más vistas y más valor intrínseco al piso por contraposición al piso «interior» que será el que mira hacia la parte de dentro de la edificación, por ejemplo a un patio de luces o a una zona no abierta a la calle, lo que, normalmente, proporcionara menos vistas y menos luz y, por ende, menor valor intrínseco al piso.

Aunque, inicialmente, un piso exterior, por definición, será más valorado que uno interior, esta regla no es absoluta. Piénsese, por ejemplo, que el piso exterior de a una calle muy transitada, como mucho tráfico y ruido, o que se ubica en una calle estrecha con poca luz, mientras que el piso interior da a una zona tranquila (patio abierto o descampado no construido). Además, actualmente, los nuevos sistemas de edificación residencial que incluyen en el centro de la urbanización una zona común de esparcimiento y recreo (piscina, jardín comunitario, zona para ejercicios, pistas de tenis, etc.), pueden determinar que los pisos interiores, es decir, los que están en la parte de adentro de la edificación deban considerarse más «exteriores» o valiosos que los que están en la parte de fuera, es decir, que los que miran a la vía pública. La conclusión de todo ello es que estamos ante un factor muy circunstancial y relativo que no permite apriorísticamente dar más valor al piso exterior que al piso interior. Dependerá de las demás circunstancias objetivas o arquitectónicas de la edificación.

3. LA «SITUACIÓN»

Este es el tercer criterio contemplado por la ley para la fijación de las cuotas. Al emplear el legislador el concepto «situación» tras haberse referido anteriormente al de «emplazamiento» es evidente que por situación debe entenderse algo distinto del emplazamiento. Partiendo de esta consideración, resulta de interés acudir nuevamente al diccionario de la RAE, en la que se define situación, entre otras acepciones, como «disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa», o «conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento». Pues bien, con estas ideas previas creemos que lo que el legislador ha querido destacar es que para fijar la cuota de cada piso es necesario atender a la disposición de cada piso en relación con el lugar que ocupa en la edificación o el puesto que tiene en relación con los demás pisos. Así no será lo mismo un piso de la planta baja que uno que se halla en la planta del ático. También debe tenerse en cuenta en este apartado el modo de acceso al piso, ya que cabrá diferenciar los pisos a los que se accede de una forma más directa desde el portal que aquellos otros que exigen atravesar pasillos largos o zonas más sinuosas. Por ejemplo, en el caso de los locales, deberá distinguirse aquellos que por su ubicación en la edificación permiten un fácil acceso a la vía pública, por tener salida directa a la calle, de aquellos otros que exigen atravesar calles privadas, galerías o corredores interiores. En

relación con la situación entiendo que un dato relevante serán las vistas o luces que el piso pueda recibir dada su respectiva ubicación o disposición en el edificio o urbanización.

El factor de la situación cobra singular importancia en relación con el destino o uso de la edificación. Así, si se trata de un edificio residencial en una zona turística, lo normal es que los pisos altos sean los más cotizados ya que proporcionarían más vistas al paisaje de la zona (mar, montaña) y más luminosidad. Igualmente, dentro de la urbanización serán más cotizados los que se sitúan, por ejemplo, frente al mar o en primera línea de playa que los que se ubican en segunda fila o detrás de los de la primera línea. En el caso de edificios ubicados en zonas comerciales o más urbanas, puede ocurrir que los pisos más bajos se coticen más para oficinas o despachos que los altos, limitados al uso residencial, pero puede ocurrir que los pisos bajos, situados en la planta baja, al dar a un patio abierto, jardín o terraza permita su utilización mejor que uno alto, etc.

En definitiva, como hemos señalado al tratar del criterio «emplazamiento», con el factor «situación» tampoco es posible partir de criterios apriorísticos y habrá que actuar con flexibilidad y relatividad atendiendo a las circunstancias de cada caso para valorar como influye la situación de cada piso en su valoración respecto del total de la edificación o urbanización de que se trate.

4. EL «USO QUE SE PRESUMA RACIONALMENTE QUE VA A EFECTUARSE DE LOS SERVICIOS O ELEMENTOS COMUNES»

Lo primero que conviene destacar de este criterio, que es el último de los que impone el artículo 5 LPH para la fijación de las cuotas, es que con este criterio el objeto de la valoración no es el piso propiamente dicho, sino el uso que el piso (su propietario u ocupantes) presumiblemente va a efectuar de los servicios y elementos comunes del inmueble. Para valorar este uso la norma impone una conjetura que debe realizarse «racionalmente», esto es, que el uso que se espera o presume de los elementos comunes debe ser inferido mediante una previsión o cálculo «racional» y, por tanto, obtenido a partir de las reglas comunes de la experiencia y del principio de normalidad en el desarrollo de las cosas. En consecuencia, estamos ante un criterio que pretende medir o cuantificar apriorísticamente, mediante una presunción racional o, si se prefiere, mediante una conjetura o deducción racional, el uso de los servicios y elementos comunes que se espera necesario para el adecuado goce del piso o local en cuestión.

A mi juicio, al estar referido al uso de los servicios y elementos comunes, lo que se quiere enfatizar con este criterio es que la cuota del piso debe fijarse valorando el beneficio singular que el piso recibirá por el uso de los elementos comunes del inmueble. Así, por ejemplo, si tenemos un piso que, aunque tenga una superficie útil relativamente pequeña tiene atribuido, sin embargo, ya sea

por el título constitutivo o por la propia configuración arquitectónica del inmueble, el uso privativo de determinados elementos comunes (por ejemplo, la terraza cubierta a nivel en los pisos ático, o el uso del suelo del patio de luces en el caso de un local o vivienda de planta baja), este derecho de uso privativo normalmente podrá ser tenido en cuenta para incrementar la cuota que resultaría inicialmente de la valoración de su superficie útil, no obstante, también podrá servir, en algunos casos, para disminuir la cuota inicialmente asignada por la superficie útil, por ejemplo, en atención a las cargas que pesaran sobre el propietario del piso en atención a dicho uso privativo (carga de limpieza o de la conservación ordinaria del patio o de la terraza, etc.).

A mi juicio, con este criterio, que atiende a la especial significación que representa el uso de los elementos comunes, el legislador ha querido ponderar el dato relativo a los gastos que este uso puede suponer para la comunidad de propietarios, tanto los gastos de conservación y reparación que será necesario realizar en las cosas comunes a consecuencia de su uso normal (las reparaciones ordinarias de las que se ocupa, en sede de usufructo, el art. 500 del Código Civil), como los gastos corrientes que se derivan del funcionamiento o uso de los elementos comunes (por ejemplo, gastos del consumo de electricidad del ascensor, de la iluminación de las escaleras, del portal, de la limpieza, etc.).

Así planteada la cuestión parece razonable admitir que lo querido por el legislador es que al ser la cuota el módulo o criterio esencial o primario de distribución de los gastos comunes, en la fijación de la cuota se tenga en cuenta el montante o medida del gasto que cabe imputar a cada piso o local (a su propietario o sus ocupantes), a consecuencia del uso de los elementos comunes para que, de esta manera, la simple aplicación de la cuota que se fije permita distribuir los gastos comunes de un modo más proporcional y equitativo ya que, en principio, parece razonable que quien más se beneficia del gasto derivado del uso de las cosas comunes contribuya en mayor medida al pago de este gasto común.

Pero a partir de esta reflexión los problemas que plantea la aplicación del criterio que nos ocupa son innumerables, ya que es el que presenta una mayor dosis de subjetivismo y de discrecionalidad a la hora de su aplicación.

En principio, nadie discutirá en el plano lógico o apriorístico que los pisos de la planta baja o de las plantas inferiores utilizarán menos, o incluso nada (pisos de la planta baja), el ascensor y las escaleras, mientras que los pisos altos realizarán un mayor uso (gasto) del ascensor y de las escaleras, o que un piso más grande, al ser ocupado presumiblemente por un número mayor de personas, generará más uso (gastos) de los elementos comunes que los pisos pequeños, ocupados por menos personas. No obstante, a pesar de la aparente lógica o bondad de esta conjetura inicial la realidad puede ser otra. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el piso de mayor superficie esté ocupado por una sola persona o que esté cerrado la mayor parte del año (como sucede en

los edificios situados en las zonas turísticas), mientras que los pisos pequeños pueden estar habitados por una familia numerosa o ser ocupados durante todo el año. También sucede con frecuencia que los pisos bajos o inferiores están destinados a una actividad profesional o empresarial (clínica médica, veterinaria, consultoría fiscal, despacho de abogados, notaría, etc.). En estos casos, el uso de los elementos comunes (ascensores, escaleras, portal) será extraordinariamente más elevado, dada la concurrencia de personas, que el que se realice para el goce de los pisos dedicados al uso residencial, que serán menos transitados.

A lo anterior hay que añadir que la propia ley permite que los gastos comunes se distribuyan de una forma distinta a la que resulta de la aplicación de la cuota de participación, ya que admite la legalidad de las previsiones estatutarias que fijen una distribución de los gastos comunes diferente [párr. 3.º del art. 5 LPH que incluye entre las materias que pueden ser objeto de los estatutos la relativa a los «gastos», y el art. 9.1.e) LPH que permite la contribución de cada propietario a los gastos comunes con arreglo «a lo especialmente establecido», es decir, a lo establecido en los estatutos]. Por tanto, el propietario (o propietarios) único que otorgue el título constitutivo antes de iniciar la venta de los pisos o los propietarios existentes en la propiedad horizontal pueden fijar la cuota de participación teniendo en cuenta el criterio del uso racional que se va a efectuar de los servicios y elementos comunes que nos ocupa o tener en cuenta este uso de los elementos comunes estableciendo estatutariamente una «cuota de gastos» que distribuirá los gastos de modo diferente al que resultaría de la aplicación de la cuota de participación, fijando un sistema de reparto de los gastos comunes que puede, por ejemplo, excluir de ciertos gastos a los locales comerciales de la planta baja (los gastos de portal, ascensor, escaleras y portería en razón a que por tener acceso directo a la calle, no usarán estos elementos o servicios comunes), o, incluso, podrán establecer que los gastos de portal, escalera, ascensor y portería se repartirán por partes iguales entre todos los propietarios de los pisos, en atención a que benefician a todos por igual, con excepción de los gastos de ascensor de los que se exoneran a los pisos de la planta baja, etc.

Por tanto, hay que admitir que el propietario único o propietarios del edificio, ya sea al constituir la propiedad horizontal o posteriormente, disponen de un ámbito de libertad o de discrecionalidad a la hora de configurar jurídicamente el régimen de la propiedad horizontal que no puede ser discutido, ya sea mediante la fijación de unas cuotas de participación que contemplen el uso que se va a efectuar de los elementos comunes o mediante la aprobación en los estatutos, de reglas de distribución de los gastos comunes que excluya la aplicación de la cuota de participación como criterio primario de reparto de los gastos comunes en atención al uso o no uso de los elementos comunes.

Lo que queremos destacar es que el mismo efecto o resultado de contribución a los gastos comunes puede lograrse atribuyendo más cuota de participación a un piso o local (por ejemplo, atribuyendo más cuota a los pisos superiores en

atención al mayor uso que se espera de los ascensores y escaleras) o, fijando las correspondientes cuotas de participación en función, por ejemplo, de la superficie útil respectiva de cada piso, pero estableciendo luego en los estatutos unas cuotas de reparto de gastos diferente, que se establecen en contemplación del mayor uso (gasto) que se presume se realizará de los servicios y elementos comunes. En definitiva, por caminos distintos se puede llegar al mismo resultado contributivo en los gastos comunes.

5. APLICACIÓN DE OTROS CRITERIOS NO PREVISTOS EN LA LEY PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD-PROPORCIONALIDAD

Ya hemos señalado anteriormente como la doctrina y la jurisprudencia admiten que la enumeración de los criterios que se incluyen en el artículo 5 LPH no es cerrada y excluyente por lo que es posible tener en cuenta otros criterios no previstos en la ley para la fijación de las cuotas.

Lo primero que debemos señalar en este punto, es que los criterios que impone la ley, al ser imperativos tienen que ser tenidos en cuenta forzosamente, razón por la cual al establecer la ley una pluralidad de criterios, la fijación de las cuotas exige inevitablemente una ponderación o combinación de todos los criterios legales, en atención a las circunstancias singulares de cada caso, lo que determinará que en unos supuestos se deba dar más prevalencia a un criterio que a otro. En principio, creo que lo razonable es fijar una cuota inicial atendiendo a la superficie útil de cada piso en relación con la del resto de los pisos, ya que la superficie, además de ser el primer criterio imperativo que establece la ley, es un criterio de fácil determinación que permite aplicar el principio de proporcionalidad de un modo neutral. No obstante, una vez determinada de este modo la cuota inicial de cada piso, será necesario después tener en cuenta el resto de los criterios legales, reitero, igualmente imperativos, para fijar definitivamente la cuota de participación. Así, tras fijarse la cuota según la superficie útil se ponderarían luego, por ejemplo, los criterios del emplazamiento o de la situación lo que determinará que la cuota inicialmente fijada según la superficie pueda ser objeto de un incremento o de una reducción para calcular la cuota definitiva.

En este contexto, es en el que cabe que puedan introducirse en la fijación de las cuotas otros criterios no contemplados expresamente en la letra de la ley pero incluidos en su espíritu, ya que la finalidad del legislador es que las cuotas de participación, como indica la EM de la LPH, se fijen de tal modo que la cuota sea la expresión porcentual o centesimal del valor proporcional que cada piso tiene, como módulo de cargas y beneficios, en el valor total del conjunto del inmueble.

Por ello, aunque no lo menciona la ley es evidente que existen dos principios que siempre deben ser tenidos en cuenta en la fijación de las cuotas de

participación. Nos estamos refiriendo a los principios de proporcionalidad y de igualdad que combinados dan lugar a o lo que en otro momento he denominado el principio de igualdad-proporcionalidad²⁰.

En este sentido, la ley ha querido a ultranza que las cuotas sean proporcionales al valor de cada piso en relación con el conjunto del inmueble. La evidencia más clara de la vigencia de este principio de proporcionalidad lo constituye el hecho de que el legislador impone, como primer criterio de valoración para la fijación de las cuotas, el de la superficie útil de cada piso o local, lo que denota que para el legislador la cuota de cada piso debe guardar, en principio, una armonía o un equilibrio con su superficie útil comparada con la superficie útil de los demás, de modo que las cuotas sean proporcionales a las respectivas superficies útiles de cada piso o local.

Pero no solo hay que tener en cuenta el referido principio de proporcionalidad, esta proporcionalidad debe ponerse en conexión con el principio de igualdad, no solo porque no pueden admitirse diferencias de trato o discriminaciones que no estén fundadas en razones objetivas y razonables que justifique la desigualdad (art. 14 de la Constitución de 1978)²¹, sino porque en el régimen de la propiedad horizontal, en principio, el derecho que ostenta cada propietario sobre su respectivo piso o local y sobre los elementos comunes necesarios para su adecuado uso y disfrute, debe considerarse del mismo rango y jerarquía que el que, respectivamente, corresponde a los demás propietarios²².

De este modo, conforme al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que no será posible, en principio, es que dos pisos iguales tengan distinta cuota o que la cuota de cada piso no guarde alguna proporción en relación con sus características objetivas en comparación con las que definen a los demás pisos. Así, se podrá discutir cual debe ser la cuota que, por aplicación de los diversos criterios del artículo 5 LPH debe atribuirse a un piso determinado, pero fijada una cuota para un piso lo que no es posible es que otro piso idéntico tenga atribuida una cuota distinta. Por ejemplo, si en un edificio que tiene dos pisos por planta, atendida su superficie, emplazamiento, situación o uso que se presume se va a efectuar de los elementos comunes, se fija para el piso ático derecha la cuota de 5 centésimas, lo que no será posible es fijar una cuota de 7 o de 10 centésimas para el piso ático izquierda cuando no haya ninguna diferencia entre ellos (los dos tienen la misma superficie, son exteriores y están situados mirando al mismo polo geográfico, tienen el mismo número de huecos o ventanas, etc.).

Hechas estas reflexiones conviene, asimismo, que nos detengamos en un aspecto relacionado con el principio de igualdad que también puede tener relevancia en la fijación de las cuotas y en el que a menudo no se repara lo suficiente, porque normalmente las discrepancias o conflictos que plantea la fijación de cuotas idénticas para pisos que, morfológica y objetivamente son distintos, por ejemplo, porque dos pisos de superficie distinta tienen atribuida cuotas iguales, solo plantea problemas al considerar que no es justo que, por

ejemplo, un piso de 60 metros cuadrados de superficie útil, tenga atribuida la misma cuota que otro piso cuya superficie es de 120 metros cuadrados, ya que a la hora de abonar los gastos de comunidad los dos pisos (sus propietarios) pagan lo mismo siendo distintos.

La queja de los propietarios de los pisos de menor superficie puede parecer inicialmente razonable o justificada, pero conviene resaltar algunos aspectos del problema que a veces no se contemplan y que permiten ver las cosas de forma distinta.

En primer lugar, debemos atender al tipo de servicios o elementos comunes de los que disfrutan los propietarios del edificio o de la urbanización. Así, puede ocurrir, especialmente en los edificios o urbanizaciones ubicadas en las zonas turísticas o de segunda residencia, que desde el punto de vista económico lo relevante no es el piso o apartamento privativo sino el goce del complejo de instalaciones comunitarias que lleva inherente la propiedad de cada apartamento (piscina, campo de golf, remonte de esquí, etc.). En estos supuestos, aunque desde la perspectiva estrictamente jurídica del régimen de la propiedad horizontal, el piso o apartamento objeto de la propiedad separada sigue siendo lo principal, ya que los elementos comunes son lo accesorio, en el plano de la realidad económica o funcional el piso o el apartamento es lo accesorio. Si compro el apartamento es, precisamente, porque soy aficionado al golf o al esquí y el derecho de propiedad de mi apartamento me atribuye el derecho de goce sobre el campo de golf o el remonte de esquí (elemento común) que solo puede ser disfrutado por los «socios» (propietarios) de la urbanización²³.

En estos casos, lo normal es que el uso de los elementos comunes represente unos gastos iguales o semejantes para todos los propietarios. Cuando el propietario del piso de 120 metros cuadrados está haciendo uso de la piscina sigue teniendo dos piernas y dos manos como ocurre con el propietario del piso de 60 metros. Cuando el servicio de vigilancia o de seguridad de la urbanización presta su actividad beneficia por igual al propietario del piso grande que al propietario del piso pequeño. Igualmente, la limpieza de las instalaciones comunitarias beneficia por igual a todos los propietarios, sea cual sea la superficie útil de su respectivo piso.

En atención a estas circunstancias, como hemos visto, es muy frecuente que en los estatutos, por ejemplo, se establezca que los gastos de portal, ascensor, escaleras o portería se paguen por partes iguales, o que, en atención al destino o uso de los locales comerciales, se establezca que los propietarios de los locales no paguen dichos gastos ya que al tener acceso directo a la calle no usan estos servicios o elementos comunes, o que se excluya del uso de las instalaciones comunitarias de la piscina, cancha de tenis, etc., a los propietarios y ocupantes de los locales comerciales. Este tipo de pactos o previsiones estatutarias, como hemos visto, son perfectamente ajustados a la legalidad y son muy habituales en la práctica.

Partiendo de esta consideración, atribuir a todos los propietarios de la urbanización la misma cuota, aunque sus pisos tengan una superficie distinta, en la medida en que el uso de los elementos comunes será igual o similar para todos los propietarios, no resulta irrazonable ya que aunque los propietarios de los pisos de menor superficie se ven obligados a contribuir a los gastos comunes en la misma proporción que los propietarios de los pisos de mayor superficie, el uso que racionalmente se presume que se va a efectuar de los elementos comunes (igual para todos) justifica las cuotas igualitarias. Por otra parte, a la misma contribución a los gastos comunes se llega si, por ejemplo, pese a fijarse unas cuotas de participación distintas en función de las superficies de cada piso (mayor cuota para los pisos grandes y menor cuota para los pisos pequeños), luego, estatutariamente, se establece una contribución a los gastos comunes por partes iguales.

Con esta reflexión llegamos a otro aspecto relevante a la hora de fijar las cuotas de participación que está relacionado con la función que cumple en la propiedad horizontal la cuota en el plano, que podríamos llamar, político, es decir, el que afecta al gobierno y funcionamiento de la vida de la comunidad. Como sabemos, conforme al sistema de doble mayoría que rige la adopción de acuerdos en la propiedad horizontal, si bien para obtener la mayoría personal el voto de cada propietario tiene el mismo valor, para la formación de la mayoría patrimonial, de intereses o de capital, el voto de cada propietario no tiene el mismo valor ya que, proporcionalmente, vale más y tiene más peso el voto del propietario que tiene más cuota que el voto del propietario cuya cuota de participación es inferior.

Por tanto, a veces la atribución de la misma cuota de participación a todos los pisos ha podido ser buscada por el promotor o propietario único que otorgó el título constitutivo de la propiedad horizontal y que fijó las cuotas, con el propósito de atribuir a todos los propietarios el mismo poder de decisión, dando preponderancia al principio democrático (mayoría personal o de cabezas) sobre el principio patrimonial (mayoría de cuotas o de intereses) y, de este modo, impedir que las decisiones de los propietarios de los pisos con más superficie (cuyas cuotas deberían ser mayores), se pudieran imponer a los propietarios de los pisos de menor superficie (cuyas cuotas, por ello, deberían ser menores).

Por otra parte, un sistema de cuotas iguales para todos los propietarios puede beneficiar a los propietarios de pisos con superficie más reducida. Así, por ejemplo, si se decide arrendar algún espacio o elemento común o se aprueba un derecho de sobreedificación, resultará que, al ser las cuotas de todos los pisos iguales, pese a tener superficies diferentes, el precio obtenido se repartirá entre todos los propietarios de forma igualitaria, dada la igualdad de las cuotas fijadas, sea cual sea la superficie de los respectivos pisos.

A todo esto hay que añadir un dato que no suele ser valorado ya que en situaciones de normalidad tiene escasa relevancia pero que, en situaciones

extraordinarias, puede ser muy importante. Así, por ejemplo, en los casos de incendio, destrucción de la urbanización o de expropiación forzosa de la misma, como las indemnizaciones que se pudieran obtener de la aseguradora o el justiprecio a satisfacer por la Administración Pública en caso de expropiación, o el solar resultante se deben repartir o pertenecerá a los propietarios en función de sus respectivas cuotas, resultará que los propietarios de los pisos más pequeños, que, por definición, habrán pagado por la compra de su piso un precio inferior al que habrán satisfecho los propietarios de los pisos más grandes por sus respectivos pisos, al menos en la misma época contemplada, recibirán lo mismo que los propietarios de los pisos de más superficie, en atención a que las cuotas se fijaron iguales para todos los pisos al margen de su superficie útil.

Con las reflexiones que se dejan expuestas hemos querido destacar que, si bien en la fijación de las cuotas de participación en el inmueble resulta obligado ajustarse a los criterios imperativos del artículo 5 LPH, a la hora de llevar a cabo la fijación de las cuotas el promotor o propietario único (o propietarios) del edificio no puede actuar de una forma mecánica ni neutral y dispone de un cierto ámbito de libertad y discrecionalidad que debe ser respetado, salvo que se acredite que las cuotas establecidas son el producto del capricho, la arbitrariedad o la irrazonabilidad de los criterios aplicados para fijar las cuotas y que, por ello, las cuotas fijadas implican una manifiesta violación del principio de igualdad-proporcionalidad que obliga a su rectificación o revisión.

La conclusión de todo ello es que, salvo que todos los propietarios consientan la revisión de las cuotas inicialmente establecidas, la regla general debe ser la de su inalterabilidad o invariabilidad y la excepción la de su revisión o rectificación mediante resolución judicial²⁴, en los casos en que las cuotas fijadas sean el producto de un error o, habiéndose establecido con infracción de los criterios imperativos establecidos en el artículo 5 LPH, resulten manifiestamente injustas o desproporcionadas con grave perjuicio de los propietarios y vulneren el principio de igualdad-proporcionalidad que hemos señalado anteriormente²⁵.

IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN INICIALMENTE ESTABLECIDAS

Una vez fijadas las cuotas de participación de cada piso o local, lo que normalmente se realizará por el promotor o propietario único del edificio antes de iniciar las ventas de los pisos al tiempo del otorgamiento del título constitutivo²⁶, debemos analizar ahora el problema relativo a si es posible alterar las cuotas inicialmente establecidas.

Para ello, resulta necesario distinguir dos supuestos:

1. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

El primer supuesto de alteración de las cuotas que debemos analizar es aquel en el que la variación de las cuotas encuentra su fundamento en la aparición de circunstancias sobrevenidas, es decir, cuando una vez fijadas las correspondientes cuotas de participación de cada piso o local, se produce en la realidad material o arquitectónica del edificio unos hechos que suponen un cambio de la situación o del escenario inicial que se tuvo en cuenta para fijar las cuotas.

En la primitiva LPH (1960) estas situaciones fueron contempladas expresamente en tres supuestos, respectivamente regulados en los artículos 3, 8 y 11 LPH. A estos supuestos debemos añadir el supuesto sumamente habitual en la práctica que se produce cuando se lleva a cabo la desafectación de algún elemento común, como es significativamente, la vivienda del portero, para formar con ella un nuevo piso o elemento privativo que se enajena a un tercero. Veamos los supuestos que comentamos.

A) *La modificación de las cuotas a causa de las mejoras o menoscabos originados en los pisos o locales*

Este supuesto estaba expresamente contemplado en el primitivo párrafo 2.º del artículo 3 LPH que disponía literalmente lo siguiente: «Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alteraran la cuota atribuida, que solo podrá variarse por acuerdo unánime».

Este precepto enunciaba dos mandatos: una regla o principio general, que podríamos denominar de invariabilidad de las cuotas, según el cual las cuotas fijadas en el título constitutivo no pueden ser objeto de alteración alguna salvo que cambien las circunstancias iniciales o regla *rebus sic stantibus*, y una excepción: si en los pisos o locales se produce sobrevenidamente alguna mejora o menoscabo que, evidentemente, impliquen un aumento (mejora) o disminución (menoscabo) de su valor objetivo o intrínseco, sería posible alterar las cuotas siempre que así lo decidan todos los propietarios por «acuerdo unánime». Imaginemos, por ejemplo, que nos hallamos ante una urbanización en la que se construye una piscina o una cancha de tenis o se construyen en el subsuelo unos aparcamientos que no existían cuando se constituyó la propiedad horizontal que benefician solo a un determinado número de pisos, o que para el establecimiento de determinados servicios comunes que antes no existían se le resta a un piso o local un espacio para ubicar en él la maquinaria correspondiente. En estos casos, lógicamente, todos los propietarios, por acuerdo unánime, podrán establecer unas nuevas cuotas que tengan en cuenta la nueva realidad objetiva que no pudo ser contemplada cuando se fijaron las cuotas iniciales.

Actualmente, tras las modificaciones introducidas en la LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas (BOE del 27 de junio), el citado párrafo segundo del artículo 3 LPH mantiene la referida regla general según la cual las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alteraran la cuota inicialmente atribuida, pero ahora dispone, como excepción a esta regla general, que dicha cuota «solo podrá variarse *de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley*» (frente a la anterior redacción según la cual la cuota solo podía variarse «por acuerdo unánime»). El texto actual del precepto pretende armonizar esta norma con la nueva ordenación legal que se introduce, que deroga los artículos 8 y 12 (primitivo art. 11) y modifica los artículos 10 y 17 LPH, estableciendo una confusa regulación que permite ahora, en síntesis, la realización de obras que supongan la división o unión material de pisos (lo que antes se regulaba en el art. 8 LPH), o la construcción de nuevas plantas o cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio (lo que antes se regulaba en el art. 12 LPH) u otro tipo de obras de cerramiento de terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética y otro tipo de actuaciones, siempre que se trate de obras amparadas en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que cuenten con la consiguiente licencia administrativa, en cuyo caso es posible modificar las cuotas de los pisos afectados a fin de adecuarlas a la nueva situación creada por las alteraciones materiales realizadas en el edificio, con el voto de la mayoría de tres quinta partes, frente a la regulación anterior que exigía el acuerdo unánime.

B) La modificación de las cuotas a causa de la división o unión material de pisos o locales

Este supuesto estaba expresamente contemplado en el artículo 8 LPH que disponía lo siguiente (la cursiva es nuestra):

«Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte.

En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, sin alteración de las cuotas de los restantes».

Como vemos, en este caso la modificación de las cuotas encuentra su causa en una circunstancia sobrevenida como es que un piso se divide materialmente

para formar dos o más pisos independientes o, por el contrario, dos o más pisos se unen materialmente para crear otro piso más grande²⁷. En estos supuestos, se parte de las cuotas que tenían atribuidos los pisos originales que van a ser objeto de división o de unión material y por ello, la norma expresamente limita la modificación de las cuotas a las cuotas de los pisos divididos o unidos, de modo que las cuotas de los restantes pisos resultan inalteradas. En definitiva, lo que se pretende es regular la situación de aquellos pisos que al ser divididos para formar otros más reducidos o unidos para conformar otros pisos más grandes o amplios, deben ver sus cuotas adaptadas a la nueva realidad creada en la propiedad horizontal. Pongamos un ejemplo, si tenemos un piso de 200 metros cuadrados que tiene asignada una cuota de 6 centésimas, si tras la división material creamos dos pisos de 100 metros cuadrados cada uno, procederá reasignar la cuota original de 6 centésimas entre las dos nuevas fincas independientes creadas, de modo que a uno de los pisos creados le asignemos una cuota de 4 centésimas, por ser el piso exterior, mientras que al otro le atribuiremos una cuota de 2 centésimas por ser un piso interior o de situación menos ventajosa. A la inversa, si tenemos dos pisos, uno con una cuota de 3 centésimas y otro con una cuota de 2 centésimas, que unimos para crear un piso más grande, la cuota que tendrá el nuevo piso formado por la unión material de los dos pisos originarios será el resultado de sumar las cuotas de los dos pisos unidos, esto es, se la reasignara una cuota de 5 centésimas.

Lo que interesa destacar de este supuesto es que se parte de la bondad de las cuotas originariamente establecidas a todos los pisos que integran la propiedad horizontal. Por esta razón, la modificación de cuotas queda limitada a los pisos afectados por la división o la unión material, y así lo establecía expresamente el artículo 8 LPH cuando ordenaba que las cuotas de los restantes pisos del edificio quedasen sin alteración. Además, este artículo reconocía el carácter imperativo de los criterios de fijación de las cuotas establecidos en el artículo 5 LPH, ya que reiteraba que las nuevas cuota de los pisos reformados debían establecerse con sujeción al referido precepto, y expresamente atribuía la facultad para fijar las nuevas cuotas a la Junta de propietarios, exigiéndose en todo caso, el consentimiento expreso de los propietarios afectados, es decir, el consentimiento de los propietarios de los pisos que son objeto de división o de unión material.

Actualmente, al haber sido derogado el artículo 8 LPH por la citada Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas, en los términos que resultan de lo dispuesto ahora en los artículos 10 y 17 LPH, hay que entender que la modificación de cuotas que sea necesaria para adecuar los pisos a las obras de división o de unión material exige siempre el acuerdo unánime de los propietarios (art. 17.6 LPH), salvo que se trate de obras incluidas en el ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que reúnan los confusos requisitos establecidos en el artículo 10 LPH, en cuyo caso la modificación de las cuotas podrá realizarse con la mayoría de tres quintas

partes [art. 10.3.b) LPH], todo lo cual demuestra que ha sido una grave torpeza derogar un artículo que establecía unas reglas que, además de lógicas, deben seguir teniendo aplicación como regla general en la materia, salvo que concurren los supuestos excepcionales y confusos que se regulan en el reformado artículo 10.1.e) y 3.b) LPH.

C) *La modificación de las cuotas a causa de la construcción de nuevas plantas o debidas a cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes*

Este supuesto, que también estaba expresamente contemplado en el primitivo artículo 11 LPH (art. 12 LPH, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril), según el cual (la negrilla es nuestra):

«La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos».

Este artículo que, igualmente de un modo incomprensible, ha sido derogado por la referida Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas, autorizaba la «variación de las cuotas» inicialmente establecidas en los casos en los que sobrevenidamente se realizasen obras que implicasen una alteración sustancial del edificio que fue tenido en cuenta para fijar las cuotas originales ya que expresamente señalaba que el acuerdo que aprobase estas obras debería, entre otros, establecer la «variación de las cuotas» que resultase procedente.

El supuesto más depurado de estas situaciones sobrevenidas viene representado por la construcción de nuevas plantas que se realiza en ejercicio de un derecho de sobreedificación o de subedificación. En estos casos, los nuevos pisos creados evidentemente exigen la modificación de las cuotas originarias a fin de dotar de la correspondiente cuota a las nuevas fincas creadas. En esta línea, el artículo 16.2.a) del Reglamento Hipotecario requiere para la inscripción del derecho de sobreedificación o de subedificación que se haga constar en el asiento registral «las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes y gastos comunes o las normas que se establezcan para su establecimiento»²⁸.

Pese a que el artículo 12 LPH ha sido derogado, las reglas que este precepto establecía deben seguir constituyendo la regla general en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 17.6 LPH, sin perjuicio de lo

que se establece en los confusos supuestos que se regulan en el actual artículo 10.1.e) y 3.b) LPH.

D) La modificación de las cuotas que deriva de la desafectación de un elemento común que es enajenado como una nueva finca de la propiedad horizontal

Además de los supuestos legalmente contemplados de modificación de las cuotas a causa de la aparición de circunstancias sobrevenidas que hemos visto, en la realidad social pueden darse otros. En este punto, nos limitaremos a señalar el supuesto muy habitual en la práctica de desafectación de la vivienda del portero, elemento común de la finca, para sin solución de continuidad constituirlo en una nueva finca independiente del edificio y seguidamente enajenarlo a un tercero²⁹. En estos casos, al ser necesario atribuir a la nueva finca una cuota de participación pues sin ella no podremos estar ante un piso susceptible de propiedad separada, será también obligado modificar las cuotas de todos los pisos originales (cuyas cuotas sumadas darán 100), a fin de reducirlas proporcionalmente para que la suma de las cuotas de todos los pisos originales más la cuota del nuevo piso conformado vuelvan a sumar 100.

En el plano registral la DGRN ha aceptado que la Junta de propietarios tiene competencia para aprobar este acto que entraña una evidente disposición del régimen de la propiedad horizontal, en la resolución de 5 de mayo de 1970 (BOE del 4 de junio), reiterada por la resolución de 15 de junio de 1973 (BOE del 9 de julio), entendiéndose que en estos casos la Junta de propietarios, por acuerdo aprobado por unanimidad, puede acordar la desafectación del elemento común, su conversión en elemento privativo, la asignación de una cuota de participación al nuevo piso formado y la consiguiente modificación (reducción) de las cuotas de todos los pisos originales, y su enajenación a un tercero, siendo el Presidente de la comunidad el que, en representación de la comunidad (de todos los propietarios que la integran dada su falta de personalidad jurídica), puede comparecer ante el notario para otorgar la correspondiente escritura de desafectación, modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y de enajenación del nuevo piso creado, sin necesidad de que concurra el consentimiento individualizado de todos los propietarios³⁰.

Asimismo, la DGRN ha declarado en las resoluciones de 13 de junio de 1998³¹ y de 28 de febrero de 2000, que en estos casos, no es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios, sin embargo, cuando no se preste dicho consentimiento, el acreedor hipotecario seguirá ostentando en su garantía la misma cuota que tenía el piso hipotecado al tiempo de constituirse la hipoteca, por lo que la nueva cuota reducida asignada a los pisos para permitir la formación del nuevo piso procedente del espacio o elemento común desafec-

tado, no le vinculará. De este modo, se produce una singular coexistencia de dos cuotas, la antigua, que es la que resultará eficaz para determinar el ámbito objetivo de la garantía del acreedor hipotecario que no consintió expresamente la operación de desafectación y enajenación del elemento común por destino, no esencial o accidental, y la nueva cuota que será eficaz en todo lo demás.

Examinados todos los supuestos que hemos dejado referidos, debemos destacar dos notas que resultan relevantes en todos ellos.

En primer lugar, la alteración de las cuotas inicialmente establecidas para cada piso o local no es caprichosa ya que viene motivada por la aparición de circunstancias sobrevenidas que determinan un cambio en la situación o estado de cosas existente al tiempo de la fijación de las cuotas originariamente establecidas y que fueron las tenidas en cuenta para su fijación.

En segundo lugar, la alteración de las cuotas no tiene por finalidad corregir el error, la arbitrariedad, la ilegalidad o la injusticia de las cuotas fijadas inicialmente, que, por definición, se aceptan como válidas y correctas. Por ello, con la alteración de las cuotas iniciales no se busca su revisión o rectificación, simplemente, el cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales producido determina una inadecuación o insatisfacción de las cuotas iniciales, pensadas para una realidad distinta, que hace necesario o conveniente reformularlas o retocarlas para adaptarlas a la nueva realidad o situación de hecho originada por las mejoras o menoscabos de que son objeto los pisos (art. 3 LPH), o por la división o unión material de los pisos existentes (art. 8 LPH derogado), o por la construcción de nuevas plantas o la alteración de los elementos comunes (art. 12 LPH derogado) o, en fin, por la desafectación de un elemento común y su conversión en un nuevo elemento privativo.

2. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN SIN QUE EXISTAN CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

Ya hemos señalado, como la doctrina mayoritaria, por no decir la unanimidad de la doctrina, se inclina por la tesis que defiende que una vez fijadas las cuotas que deben regir la propiedad horizontal no deben sufrir variación. Este principio, que podríamos denominar el principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas de participación o principio *rebus sic stantibus*, según el cual las cuotas inicialmente establecidas no pueden ser alteradas salvo que cambien las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, a mi juicio, podía inferirse de una interpretación conjunta de lo establecido en los artículos 3, 8 y 12 de la primitiva LPH (1960), ya que de su redacción cabía extraer dos reglas:

1.^a Regla o principio general: en tanto no cambien las circunstancias o la situación que fue tenida en cuenta para la fijación de las cuotas, no es posible

su alteración. Así lo demostraría el mandato del artículo 3 LPH que no permite la alteración de las cuotas atribuidas por el mero hecho de que se produzcan mejoras o menoscabos en los pisos o locales, ya que en estos casos, solo en atención a la presencia de este cambio sobrevenido de las circunstancias (mejoras o menoscabos) la ley admite la variación de las cuotas atribuidas inicialmente «por acuerdo unánime»³². Igualmente, el derogado artículo 8 LPH solo autorizaba a la Junta de propietarios para aprobar la modificación de las cuotas iniciales cuando se diera el cambio sobrevenido de circunstancias que regulaba (la formación de nuevos pisos o locales derivada de la división o unión material de los pisos originales). Que en este caso estábamos ante una excepción al principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas lo evidencia, por un lado, el hecho de que la ley prohibía expresamente que la modificación de las cuotas que se aprobase por la Junta pudiera entrañar una alteración de las cuotas iniciales de los restantes pisos y, por otro, porque para que se pudiera acordar el cambio de cuotas se exigía que los propietarios afectados prestasen su consentimiento. En la misma línea, el derogado artículo 12 LPH solo contemplaba la «variación de cuotas», cuando concurriera el cambio sobrevenido de circunstancias que regulaba, esto es, cuando se diera el supuesto de construcción de nuevas plantas o la alteración de las cosas comunes. Por consiguiente, en tanto no se produzcan estas modificaciones objetivas el legislador no autorizaba la «variación de cuotas».

2.^a Regla o Excepción: si se produce un cambio sobrevenido de las circunstancias: mejoras o menoscabos en los pisos (art. 3 LPH), división o unión material de pisos (art. 8 LPH), o construcción de nuevas plantas u otra alteración sustancial de las cosas comunes (art. 12 LPH), es posible alterar las cuotas iniciales siempre que esta alteración de cuotas se aprobase «por acuerdo unánime» (art. 3 LPH), ya que al hallarnos ante actos que suponen una modificación del título constitutivo (las cuotas son un contenido necesario del título: art. 5 LPH), siempre sería necesario el acuerdo aprobado por unanimidad (primitivo art. 16.1.^a LPH)³³. Además, parece que el cambio de las cuotas exigía siempre el consentimiento de los propietarios de los pisos cuyas cuotas serían objeto de modificación.

En el caso del artículo 3 LPH se exigía el «acuerdo unánime», que debía entenderse no como el acuerdo aprobado por unanimidad de la Junta de propietarios (que podría obtenerse con la llamada cuasi-unanimidad o unanimidad formada también por el voto presunto o tácito de los propietarios que no asistieron a la Junta), sino como el acuerdo formado por el consentimiento individualizado de todos los propietarios.

En el caso del artículo 8 LPH, dado que las únicas cuotas que se modificaban eran las cuotas de los pisos objeto de división o unión material, ya que las cuotas del resto de los pisos del edificio no podían alterarse, se exigía el consentimiento de los propietarios afectados.

Finalmente, en el caso del artículo 12 LPH (primitivo art. 11 LPH), parece razonable entender que se exigía el consentimiento individualizado de los propietarios de los pisos cuyas cuotas se modificarían ya que estamos ante una alteración material del edificio (construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes) que supone una verdadera disposición del régimen de la propiedad horizontal que afectaba al contenido esencial del derecho de cada propietario. Así lo corroboraría la circunstancia de que el artículo 12 LPH (primitivo art. 11), expresamente exigía que el «acuerdo» que se adoptase aprobando la modificación «fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos», todo ello decisiones que trascienden de las competencias de la Junta de propietarios ya que se trata de decisiones de configuración jurídica del régimen de la propiedad horizontal, en los mismos términos que exige el artículo 5 LPH para la «fundación» o constitución de la propiedad horizontal, que, por entrañar un acto de disposición que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario exigen su consentimiento individualizado.

A mi juicio, dada la manifiesta falta de rigor técnico de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2013, el nuevo texto del inciso final del párrafo 2.º del artículo 3 LPH, que ha sustituido el «acuerdo unánime» que se exigía antes para la variación de las cuotas, en caso de mejoras o menoscabos de los pisos o locales, por el acuerdo aprobado «de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley», debe interpretarse en el sentido de que, salvo en los *casos excepcionales*, confusamente regulados en el artículo 10 LPH, y siempre que conste el «consentimiento de los titulares afectados» (sic), en los que la fijación de las nuevas cuotas puede aprobarse con la mayoría de tres quintas partes, la *regla general* debe seguir siendo la de que la alteración de las cuotas inicialmente fijadas, en la medida en que la fijación de las cuotas constituye un contenido esencial y necesario del título constitutivo (párrafo 2.º del art. 5 LPH), implica siempre «una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal» que requiere para su validez la unanimidad de los propietarios (art. 17.6 LPH).

En consecuencia, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, debe mantenerse la vigencia de la regla general según la cual no es posible alterar las cuotas inicialmente establecidas, siendo la excepción su modificación cuando se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias, lo que ocurre en los casos en los que la división o unión material de los pisos existentes se realiza en el marco de una «actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas» [art. 10.1.e) LPH], o cuando la construcción de nuevas plantas o las alteraciones de las cosas comunes que ahora se contemplan en los supuestos que regula el artículo 10 LPH, «resulten preceptivos a consecuencia

de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana» [art. 10.1.d) LPH] o «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio» [art. 10.3.b) LPH], ya que en estos supuestos un tanto difíciles de precisar, dada la deficiente técnica legislativa seguida, que no hace sencilla la interpretación de los preceptos legales, en atención a que el cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que representan las obras y actuaciones que se realizan están amparadas en una autorización de la Administración expresada en la pertinente licencia urbanística concedida, las alteraciones materiales que se realicen y la modificación de las cuotas, podrán aprobarse excepcionalmente por la mayoría de tres quintas partes en lugar de por la regla general que exige la unanimidad (art. 17.6 LPH).

Afirmada la vigencia del principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas inicialmente asignadas a cada piso o local, debemos preguntarnos ahora si es posible alterar estas cuotas aunque no concurra un cambio sobrevenido de las circunstancias. Evidentemente, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa y a ello conduce la vigencia del principio general de autonomía privada que rige en nuestro ordenamiento y que faculta a los particulares para autorregular a su conveniencia sus propios intereses, facultándoles tanto para intervenir y constituir aquellas relaciones jurídicas que estimen procedentes (función constitutiva de la autonomía privada), como para establecer las reglas por las que deben regirse las relaciones privadas en las que intervienen o son parte (función normativa de la autonomía privada), y que se acepta generalmente en nuestro ordenamiento (*vid.*, arts. 1091, 1255 y 594 del Código Civil) y que hoy podría encontrar cobijo constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE.

El problema entonces es precisar qué requisitos deben cumplirse para que los propietarios puedan alterar las cuotas inicialmente establecidas. En este sentido, como ya apuntamos al analizar el significado de la cuota, conviene precisar que la cuota, junto a los elementos privativos y a los elementos comunes es uno de los tres componentes esenciales y constitutivos de la propiedad horizontal. Por ello, definir o delimitar estos elementos constituye un acto de configuración jurídica y de disposición sobre el régimen de la propiedad horizontal que no puede hacerse sin que concurra el consentimiento o la voluntad de todos los propietarios del edificio.

Constituir una propiedad horizontal, es decir, someter o sujetar un edificio al régimen jurídico-real que representa la propiedad horizontal es un acto de configuración jurídica y de disposición sobre el inmueble o, si prefiere en la expresión más tradicional, es un acto de riguroso dominio, que no es posible sin el consentimiento o voluntad de todos los propietarios del inmueble. Por ello, al igual que definir cuáles son los pisos o elementos privativos en que se

divide horizontalmente el edificio y delimitar sus elementos comunes, fijar las cuotas de los respectivos pisos o locales privativos es un acto fundante, esencial, que no puede realizarse sin la voluntad de los propietarios (art. 5 LPH). Por la misma razón, una vez constituida la situación de propiedad horizontal, la alteración de alguno de estos tres componentes esenciales y constitutivos del régimen de la propiedad horizontal necesitará la prestación del consentimiento de todos los propietarios.

En este punto, sin embargo, se produce con frecuencia una confusión entre el ámbito de lo que pueden hacer los propietarios colectivamente organizados conforme al régimen de la propiedad horizontal, cuya voluntad se expresará en los acuerdos comunitarios aprobados por la Junta de propietarios, como órgano rector supremo y soberano de la propiedad horizontal [art. 13.1.a) y 14.e) LPH], y lo que pueden hacer los propietarios como titulares de un derecho de propiedad privada sujeta al régimen de la propiedad horizontal.

Consciente de estos dos ámbitos de actuación jurídica, la DGRN, a la hora de precisar los requisitos que deben cumplir los actos o negocios jurídicos que tienen por objeto o afectan a un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal para su acceso al Registro de la Propiedad, viene distinguiendo dos tipos de actos³⁴:

a) Los acuerdos que adoptan los propietarios organizados jurídicamente bajo el régimen de la propiedad horizontal, que tienen el carácter de actos colectivos, que deben aprobarse cumpliendo los requisitos de formación de la voluntad comunitaria exigidos en la LPH, que no se imputan a cada propietario singularmente considerado sino a la Junta de propietarios, como órgano rector supremo y soberano de la propiedad horizontal, y cuya existencia se acreditara al Registrador mediante la aportación de las oportunas actas de la Junta de propietarios en las que deben reflejarse los acuerdos adoptados en la reunión de propietarios que se incluirán en el Libro de Actas [arts. 13.1.a), 17 y 19 LPH], que se hayan incorporado a la escritura pública pertinente a fin de cumplir el requisito de titulación pública de los actos inscribibles exigido en el artículo 3 LH.

b) Aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, y cuya existencia deberá acreditarse al Registrador mediante la aportación de la escritura pública en la que se hayan expresado las oportunas declaraciones de voluntad o negocios jurídicos efectuados.

Sentada esta distinción, sin embargo, el problema es determinar qué actos deben incluirse en uno u otro supuesto.

A mi juicio, en esta tarea de delimitación entre actos que pueden realizar colectivamente los propietarios como miembros de la comunidad de propietarios

organizada conforme a las reglas de la propiedad horizontal y actos que pueden llevar a cabo los propietarios individualmente considerados como titulares de un derecho dominical que no tiene otra especialidad que la de tener por objeto un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, debemos precisar cuál es el contenido y significado del derecho que ostenta cada propietario en la propiedad horizontal.

En este sentido, es imprescindible tener siempre presente que el derecho que cada propietario ostenta en la propiedad horizontal presenta unas peculiaridades que lo diferencian del derecho de propiedad o de la copropiedad ordinarias. En la propiedad horizontal cada propietario es titular de *un derecho real único pero cuyo contenido y objeto es complejo* ya que, por un lado, atribuye un derecho de propiedad singular y exclusivo cuyo objeto recae exclusivamente sobre su respectivo piso o local [art. 396 del Código Civil Código y 3.a) LPH], pero la titularidad de este derecho dominical, que es lo principal y esencial, lleva inherente la atribución de un derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes, que tiene carácter accesorio y es inseparable del dominio privativo [art. 396 del Código Civil y 3.b) LPH]. Por ello, el derecho de propiedad horizontal, dada la inseparabilidad esencial del derecho de copropiedad o comunidad especial sobre los elementos comunes del derecho de propiedad singular y exclusivo sobre el piso o local privativo, a pesar de lo que puede parecer inicialmente, es un derecho que *se proyecta sobre todo el edificio en la proporción o medida marcado por la cuota de participación asignada a cada piso o local*.

Por esta razón, no es posible realizar actos de disposición sobre los elementos privativos, sobre los elementos comunes, sobre la cuota de participación o sobre el contenido esencial de derechos, facultades, cargas y obligaciones que definen el régimen de la propiedad horizontal, sin afectar al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, razón por la cual se exige para ello su voluntad o consentimiento individualizado.

Nadie discutirá, por ejemplo, que para enajenar o hipotecar todo el edificio será preciso el consentimiento individualizado de todos los propietarios, no siendo suficiente el acuerdo por unanimidad de la Junta de propietarios³⁵, ni tampoco parece discutible que para la conversión del edificio en propiedad o copropiedad ordinarias (art. 23.2.º LPH), es decir, para que el edificio deje de estar sometido al régimen de la propiedad horizontal y pase a regirse por las reglas de la copropiedad ordinaria será necesario el consentimiento de todos los propietarios. Al igual que se necesita un acto o negocio de configuración jurídica y de disposición para que un edificio sujeto al régimen de la propiedad ordinaria (cuando el propietario sea único) o al de la copropiedad ordinaria (cuando pertenezca a una pluralidad de propietarios) quede sometido al régimen de la propiedad horizontal, será también necesario, en cuanto *contrarius actus*, un acto de similares características para «desafectarlo» de la propiedad horizontal.

Sin necesidad de entrar en la casuística elaborada por la DGRN que ha ido delimitando que actos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal pueden realizarse a través de los actos colectivos de la Junta de propietarios a través del correspondiente acuerdo aprobado por unanimidad (ya se alcance esta unanimidad con el voto expreso de todos los propietarios asistentes a la Junta, personalmente o representados, o con el voto presunto de los no asistentes), y que actos exigen la prestación individualizada del consentimiento de todos los propietarios, las resoluciones de 19 de abril de 2007 y 27 de diciembre de 2010³⁶ han declarado que la modificación de la cuota en tanto en cuanto afecta al contenido esencial del derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente³⁷.

A nuestro juicio, esta doctrina es acertada pues la variación de las cuotas no es un acto que puedan decidir colectivamente los propietarios en la correspondiente Junta de propietarios ya que entraña la alteración de uno de los elementos fundantes y esenciales del régimen de la propiedad horizontal, por lo que constituye un acto de disposición del régimen de la propiedad horizontal que solo puede producirse válidamente cuando cuente con el consentimiento individualizado o *uti singuli* de todos y cada uno de los propietarios expresado en la correspondiente escritura pública³⁸.

Como ya hemos visto, la propia regulación legal corrobora esta conclusión. Así, el primitivo artículo 3 LPH, en los casos de «mejoras o menoscabos» de los pisos, para que este cambio sobrevenido de las circunstancias pudiera dar lugar a la alteración de las cuotas iniciales exigía el «acuerdo unánime», es decir, el consentimiento expresamente por todos los propietarios. Igualmente, el derogado artículo 8 LPH, aunque aceptaba la modificación de las cuotas en los casos de unión o división material de los pisos primitivos, exigía el «consentimiento de los titulares afectados», es decir, de los propietarios de los pisos cuyas cuotas iban a ser modificadas como consecuencia de la unión o división material de los pisos o locales realizada, ya que las cuotas del resto de los pisos no podían ser alteradas por esta causa.

Por la misma razón, aunque en el artículo 12 LPH (primitivo art. 11 LPH) no se indicaba expresamente, la construcción de nuevas plantas o la alteración sustancial de los elementos comunes, en la medida en que implicaba una modificación del título constitutivo, exigía, además del acuerdo por unanimidad de la Junta del propietarios (art. 17.1.^a PLH, primitivo art. 16.1.^a LPH), el consentimiento de los propietarios afectados.

La misma idea está presente en la regulación actual, pues, pese a la confusa regulación de los vigentes artículos 3 y 10 LPH, hay que seguir manteniendo que, salvo los casos en los que la ley expresamente exige otra mayoría, la regla general sigue siendo que los actos que modifiquen el título constitutivo exigen la unanimidad (art. 17.6 LPH), por ello, la alteración de las cuotas en la medida en

que supone una modificación del título constitutivo requiere el acuerdo aprobado por unanimidad, salvo que nos hallemos ante alguno de los supuestos regulados en el artículo 10 LPH, en cuyo caso, si el cambio sobrevenido de las circunstancias viene determinado por la «mejora o menoscabo» de los pisos o locales primitivos (art. 3 LPH), por la construcción de nuevas plantas u otras obras de alteración sustancial de los elementos comunes [art. 10.1.d) LPH], o por la unión o división material de pisos o locales [art. 10.1.e) LPH], la regla general que impone el acuerdo por unanimidad se sustituye por el acuerdo aprobado por la mayoría de tres quintas partes [10.3.b) LPH], en atención a que estas alteraciones vienen determinadas por la ejecución de una actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que cuenta con la oportuna licencia administrativa (art. 10.3 LPH). Ahora bien, también será necesario contar con el consentimiento de los propietarios afectados para modificar las cuotas de sus respectivos pisos o locales. En este sentido, aunque de manera un tanto confusa, la ley exige «el consentimiento de los titulares afectados» en los supuestos en que autoriza las alteraciones contempladas (construcción de nuevas plantas y otras alteraciones de los elementos comunes y de unión o división de pisos o locales) [arts. 10.1.d), 10.1.e) y 10.3.b), párrafo final LPH], especificándose, en el caso de la unión o división de pisos o locales, que estas actuaciones solo caben cuando se cuenta con el consentimiento de los propietarios de los pisos afectados ya que este tipo de actos solo pueden ser «realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios» [art. 10.1.e) LPH].

3. LA REVISIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN CUANDO HAYAN SIDO FIJADAS CON ERROR, ARBITRARIEDAD O INJUSTICIA NOTORIA

Como ya hemos señalado, la regla o principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas de participación impide que, una vez fijadas (lo que normalmente sucederá al tiempo del otorgamiento del título constitutivo) puedan ser objeto de alteración posterior, salvo que todos los propietarios consientan de modo expreso e individualizado su alteración en la correspondiente escritura pública de alteración de las cuotas.

En este caso, evidentemente, como el cambio de las cuotas iniciales responde a la libérrima voluntad de los propietarios y no a la presencia de ninguna circunstancia sobrevenida, estamos ante una variación de las cuotas que solo exige que los propietarios respeten los criterios imperativos que la ley exige para la fijación de las cuotas en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, ya que, en definitiva, nos hallaremos ante una suerte de «refundación» del régimen de la propiedad horizontal.

No obstante, pese a la citada regla de la invariabilidad, excepcionalmente, cuando concurren alguna de las circunstancias sobrevenidas que se contemplan en el artículo 3 LPH (mejoras o menoscabos de los pisos o locales) y ahora en

los confusos supuestos que se incluyen en la regulación del artículo 10 LPH (antes regulados en los derogados arts. 8 y 12 LPH), y siempre que concurra el consentimiento expreso de los propietarios afectados, se autoriza a la Junta de propietarios para aprobar la modificación de las cuotas mediante el correspondiente acuerdo que, como regla general, será adoptado por unanimidad (art. 17.6 LPH), salvo que pueda aprobarse por la mayoría de tres quintas partes [art. 10.3.b) LPH].

En estos supuestos, el cambio de las cuotas no se hace porque se discrepe de las cuotas iniciales sino, simplemente, porque el cambio de las circunstancias ha determinado que las primitivas cuotas ya no resulten adecuadas en la medida en que fueron fijadas sin tener en cuenta la nueva realidad producida.

Por ello, fuera de estos supuestos debemos analizar ahora el supuesto en el que la alteración de las cuotas se impone por una exigencia de legalidad, esto es, porque no habiéndose producido ninguna circunstancia sobrevenida y, por consiguiente, hallándonos ante la misma situación fáctica que existía al tiempo en que se fijaron las cuotas se ha comprobado que las cuotas existentes fueron el resultado de un error (por ejemplo, las superficies que se tomaron como punto de referencia fueron mal calculadas o transcritas), o que en su fijación se incurrió en una manifiesta arbitrariedad o injusticia notoria, lo que, en definitiva, significará que las cuotas establecidas vulneran o son contrarias a los criterios imperativos previstos en el artículo 5 LPH.

En estos casos, en ausencia de un acuerdo que cuente con el consentimiento individualizado de todos los propietarios aprobando la revisión o rectificación de las cuotas iniciales, solo será posible obtener la rectificación o revisión de las cuotas a través de la correspondiente «resolución judicial», al estar este modo de fijación de las cuotas expresamente contemplado en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH.

En cuanto al procedimiento a seguir, la demanda deberá tramitarse por el cauce del juicio ordinario, al ser procedente este tipo de procedimiento por razón de la materia de acuerdo con lo establecido en el artículo 249.1.8.º LEC.

Al ser las cuotas un elemento que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, en este tipo de procedimientos será necesario demandar y traer al proceso a todos y cada uno de los propietarios que integren la propiedad horizontal de que se trate, en caso contrario, concurrirá la excepción o el defecto procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario y por haber quedado la relación jurídico procesal defectuosamente constituida procederá dictar una sentencia absolutoria que al no entrar en el fondo dejará prejuzgada la pretensión. Así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 216) y también la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, en este sentido, puede citarse la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 3 enero 1996 (*AC* 1996, 79). Esta sentencia, admite que aquellos propietarios que hayan aceptado las nuevas cuotas que se proponen

en la demanda, si consta su aceptación (por ejemplo, mediante la aportación de una escritura pública en la que conste la adhesión o la aceptación de los propietarios correspondientes), no será necesario traerlos al procedimiento, dada su conformidad con las cuotas que se solicitan por el demandante.

Como, en principio, la resolución judicial es un modo subsidiario de fijación de las cuotas ya que, en primer lugar, habrá que estar a la decisión de todos los propietarios, para formular adecuadamente la demanda entendemos que previamente debe solicitarse a la comunidad de propietarios que convoque una Junta en la que apruebe la rectificación o revisión de las cuotas existentes por ser contrarias a los criterios imperativos del párrafo 2.º del artículo 5 LPH.

Si quien tiene interés en la rectificación de las cuotas es la propia comunidad de propietarios, si en la Junta no se aprueba la rectificación o revisión de las cuotas pretendida por unanimidad, entonces lo que procederá es aprobar un acuerdo por el cual se faculta a la comunidad para que pueda interponer la correspondiente demanda ante los tribunales solicitando la rectificación de las cuotas existentes por ser contrarias a los criterios imperativos previstos en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH. Este acuerdo podrá ser aprobado con el voto de la simple mayoría de los propietarios al hallarnos ante un acto de mera administración o defensa de los derechos dominicales. En este sentido, la STS de 11 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3185), declaró que el acuerdo por el cuál la comunidad de propietarios, en atención al error técnico consistente en que para la fijación de las cuotas se tuvo en cuenta las superficies construidas y no las superficies útiles, decidió acudir a los tribunales a fin de obtener una sentencia en la que se rectifiquen las cuotas de participación y se corrigieran los errores advertidos en su fijación, no precisa de la unanimidad y puede aprobarse con la simple mayoría al ser un acto de mera administración y defensa de los derechos dominicales de los propietarios.

Por el contrario, si quien tiene interés en solicitar la rectificación es uno o varios propietarios, igualmente, deberá solicitarse previamente a la comunidad que se convoque una Junta en la que se incluya en el orden del día el asunto relativo a la rectificación de cuotas y si por la Junta se deniega esta rectificación, entonces se podrá ya instar la demanda judicial solicitando la rectificación de las cuotas existentes. En esta línea, la STS de 5 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5840), al resolver un pleito en el que diversos propietarios, tras haberles rechazado la Junta su petición de que se rectificasen las cuotas existentes, promovieron una demanda solicitando la rectificación judicial de las cuotas por ser injustas, arbitrarias y discriminatorias, declaró que la modificación de las cuotas por acuerdo unánime de los propietarios no es el único modo de lograr el cambio de las cuotas, ya que el artículo 5 LPH permite obtener la fijación de las cuotas por «resolución judicial» «cumpliendo los requisitos exigibles al respecto».

Visto que es posible la rectificación de las cuotas mediante la oportuna «resolución judicial», evidentemente, también podrá obtenerse la rectificación

de las cuotas a través del correspondiente laudo arbitral ya que el artículo 5 contempla este modo de fijación de las cuotas.

Sobre esta cuestión se ha planteado el problema de precisar los efectos que debe producir el acuerdo de la Junta de propietarios sometiendo las controversias que surjan entre la comunidad de propietarios y los propietarios por razón de la propiedad horizontal. Al respecto se han formulado básicamente dos teorías o soluciones.

Para una primera teoría, dado que la Junta de propietarios, en su condición de órgano rector supremo y soberano de la comunidad de propietarios, tiene competencia para conocer y decidir sobre todos los asuntos de interés general para la comunidad [arts. 13.1.a) y 14.e) LPH], puede aprobar un acuerdo por el cual se decida someter las controversias (todas o algunas determinadas) surgidas entre la comunidad y los propietarios al arbitraje siempre que las cuestiones a decidir por el procedimiento del arbitraje versen sobre materias o cuestiones que sean disponibles por los particulares (art. 2 LA). Para la adopción de este acuerdo bastaría la simple mayoría (art. 17.7 LPH) ya que la ley no contempla para su aprobación ninguna mayoría especial o cualificada. Además, si este acuerdo no es impugnado vincularía a todos los propietarios, incluso a los que votaron en contra o no asistieron a la Junta, ya que los acuerdos no impugnados vinculan a todos (art. 17.9 LPH).

Se afirma también que el acuerdo sería vinculante conforme al actual artículo 17.8 LPH, para los propietarios que no asistieron a la Junta si el ausente, una vez notificado del acuerdo aprobado por los que asistieron a la Junta, guarda silencio y no manifiesta su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

En el plano jurisprudencial, sigue decididamente esta solución el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) de 10 de octubre de 2012 (núm. 310/2012) (*JUR* 2012, 366091).

A nuestro juicio, esta solución no puede aceptarse. En primer lugar, porque decidir si las controversias surgidas entre los propietarios y la comunidad de propietarios por razón de la propiedad horizontal, deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales del Estado o por los árbitros o jueces privados del arbitraje, es una cuestión que queda fuera del ámbito de la competencia de la comunidad de propietarios y, por ende, de la Junta de propietarios, ya que no es un tema de interés general de la comunidad o, si se prefiere, no es una materia que queda dentro del ámbito de la propiedad horizontal, sino una cuestión que atañe al interés particular de cada propietario, máxime cuando el derecho de acceder a los órganos judiciales para la solución de los conflictos intersubjetivos viene reconocido como un derecho fundamental de la persona en el artículo 24 CE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Por otra parte, al integrar los jueces y tribunales un poder

del Estado (el Poder Judicial), el funcionamiento de los tribunales y la tramitación de los procedimientos es una materia reservada a las leyes orgánicas y procesales que regulan la actividad jurisdiccional (art. 117 CE).

En segundo lugar, porque el sometimiento al arbitraje en la medida en que implica la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, ya que impedirá a los propietarios acudir a los tribunales ordinarios de justicia, pues, en el caso de que se haya pactado válidamente el sometimiento al arbitraje, frente a la demanda judicial que pudiera promoverse, los demandados podrían planear la oportuna declinatoria alegando la falta de jurisdicción del tribunal por corresponder el conocimiento del asunto a los árbitros designados en el procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el tribunal deberá abstenerse de conocer y sobreseerá el procedimiento (arts. 11 LA y 63.1 y párr. 2.º del art. 65.2 LEC), para que resulte procedente el laudo arbitral será necesario que los propietarios hayan decidido voluntariamente someterse al arbitraje mediante la prestación de su consentimiento al oportuno convenio arbitral.

La determinación de cuando estamos ante un convenio arbitral que obliga a someterse a la decisión o laudo de los árbitros es una materia ajena a la propiedad horizontal que viene específicamente regulada en el artículo 9 LA, según el cual para la perfección del convenio arbitral será necesario que las partes interesadas hayan prestado su consentimiento de someterse al arbitraje por escrito en el correspondiente documento firmado *ad hoc*, ya sea formando parte de una cláusula incorporada a un contrato o como un acuerdo independiente, o bien cuando la prestación del consentimiento de las partes resulte de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Por ello, el acuerdo de la Junta de propietarios aprobando el sometimiento al arbitraje solo podría vincular a los propietarios que votaron a favor del acuerdo, pero nunca a los que votaron en contra o a los que no asistieron a la Junta, que nunca prestaron su consentimiento al arbitraje. Además, desde el momento en que la decisión de someterse al arbitraje no viene contemplada en la LPH como uno de los acuerdos para cuya aprobación se exija la unanimidad o una determinada mayoría especial o cualificada, no es posible aplicar el sistema del llamado voto presunto que ahora se regula en el artículo 17.8 LPH, ya que este sistema solo es aplicable para los supuestos en los que la ley exija la unanimidad o una determinada mayoría especial o cualificada para la aprobación del acuerdo, en cuyo caso, el silencio del propietario se puede computar como un voto favorable al acuerdo aprobado por los asistentes a la Junta³⁹.

Por otra parte, la circunstancia de que no se haya impugnado el acuerdo que aprobó el sometimiento al arbitraje, no determina su obligatoriedad para los propietarios que votaron en contra del acuerdo o que no asistieron a la Junta en la que se aprobó dicho acuerdo, ya que al hallarnos ante una materia ajena a la propiedad horizontal para la que la Junta de propietarios no tiene

competencia, un acuerdo de este tipo, cuando no cuente con el consentimiento real de todos los propietarios, debe considerarse contrario al artículo 9 LA razón por la cual no será aplicable el régimen de anulabilidad de los acuerdos comunitarios contrarios a la ley, según el cual los acuerdos comunitarios no impugnados en tiempo y forma quedan convalidados, ya que esta convalidación solo opera cuando la norma infringida por el acuerdo comunitario sea una de las contenidas en la LPH y no cuando se trate de una norma establecida en otra ley, en cuyo caso habrá de estarse a la sanción general de nulidad de pleno derecho, salvo que en la propia ley infringida se establezca un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención (art. 6.3 del Código Civil), lo que determina que no pueda aplicarse lo previsto en el artículo 17.9 LPH según el cual «(1) los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en este artículo obligan a todos los propietarios».

En el plano jurisprudencial, se inclinan por la solución de exigir el consentimiento del propietario para que pueda ser aplicable el arbitraje, de modo que el acuerdo de la Junta de propietarios decidiendo someter a arbitraje las controversias solo vinculará a los propietarios que votaron a favor del mismo, pero sin que sea vinculante para los propietarios que votaron en contra o que no asistieron a la Junta, entre otras, las siguientes resoluciones: AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 18 de enero de 2012 (núm. 19/2012) (*JUR* 2012, 98079); AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 13 de abril de 2012 (núm. 241/2012) (*JUR* 2012, 320035); AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 18 de junio de 2012 (núm. 403/2012) (*JUR* 2012, 278443); y APP de Madrid (Sección 19.ª) de 13 de septiembre de 2012 (núm. 259/2012) (*JUR* 2012, 384404).

De todo lo expuesto se sigue que como la fijación de las cuotas es una cuestión que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, para que pueda rectificarse o alterarse las cuotas iniciales mediante laudo arbitral será necesario que el arbitraje haya sido aceptado expresamente y de forma individualizada por todos y cada uno de los propietarios.

Además, aceptado el arbitraje en esta materia por todos los propietarios, será también necesario que al procedimiento arbitral sean llamados y puedan intervenir todos los propietarios al concurrir el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que hemos señalado al estudiar la fijación de las cuotas a través de resolución judicial (art. 29 LA).

Por supuesto, junto a la fórmula del arbitraje propiamente dicho, también sería posible que los propietarios, aceptando que las cuotas fijadas inicialmente no resultan adecuadas por ser erróneas, arbitrarias o manifiestamente injustas, decidan voluntariamente rectificarlas y para ello acuerden someter la cuestión al criterio o propuesta vinculante de un tercero que emitirá el oportuno dictamen técnico elaborado normalmente por un arquitecto o aparejador, ya que con frecuencia la fijación de las cuotas exige mediciones de superficie y otras operaciones técnicas propias de su pericia profesional, dando lugar así a la

figura del llamado arbitrador (*vid.*, arts. 1447 y 1690 del Código Civil). La propia LPH remite a esta fórmula del dictamen técnico en otros supuestos (arts. 10.3 *in fine* y 17.10 LPH). Pero para que esta decisión pueda aprobarse, lógicamente, se necesitará que todos los propietarios expresamente aprueben someterse a las nuevas cuotas que proponga el perito o persona designada para emitir el dictamen técnico.

V. CONCLUSIONES

I. La cuota de participación expresa el valor proporcional que cada piso o local tiene en relación con el valor del inmueble en su totalidad y tiene como finalidad servir para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal.

II. La cuota debe expresarse en centésimas y fijarse atendiendo a los criterios imperativos que establece el artículo 5 LPH, que no son cerrados ni excluyentes, por lo que pueden tenerse en cuenta otros, especialmente los que atienden al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que permite contemplar la función que cumple la cuota como elemento a ponderar en la formación de la denominada mayoría de intereses o de cuotas necesaria para la aprobación de los acuerdos comunitarios.

III. El principio de invariabilidad de las cuotas de participación impide que una vez fijadas puedan ser alteradas, salvo que concurren circunstancias sobrevenidas que autorizan su modificación.

IV. En todo caso, al ser un componente esencial del régimen de la propiedad horizontal, la modificación de las cuotas precisa del consentimiento individualizado de todos los propietarios, al constituir un acto de disposición que afecta al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario. No obstante, cuando las cuotas se hayan fijado incumpliendo los criterios imperativos del artículo 5 LPH, y hayan sido fijadas con error, arbitrariedad o injusticia notoria, podrán ser rectificadas por resolución judicial o por laudo arbitral.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil, III. Derecho de Bienes*. Barcelona. 9.^a ed. Librería Bosch.
- ALVAREZ ALVAREZ, J. L. (1963). La cuota de participación en la propiedad horizontal (Comentario a la Resolución de la Dirección General de 7 de junio de 1963). *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1183-1210.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973). *La propiedad de casas por pisos*. Alcoy. 7.^a ed. revisada y actualizada. Editorial Marfil.

- CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973). *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*. Madrid. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas.
- CAMY, B. (1970). Notas a la Resolución de 5 de mayo de 1970, *Revista de Derecho Privado*, 827-830.
- DÍAZ MARTINEZ, A. (1999). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona, Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, vol. III, Tomo I, Derechos reales en general*. Madrid. 8.^a ed. Tecnos.
- ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Pamplona. Aranzadi.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (1967). Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1233-1261.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1978). Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal. *Revista de Derecho Privado*, 1053-1063.
- FUENTES LOJO, J. V. (1978). *Suma de la propiedad por apartamentos*. Tomo I. Barcelona. 3.^a ed. Librería Bosch.
- GÓMEZ CALLE, E. (1992). La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal, *Anuario de Derecho Civil*, 1533-1589.
- (2011). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, dirigidos por José-María Miquel González. Madrid. Civitas.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1996). La modificación judicial de las cuotas de participación asignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando resulten injustas o erróneas. Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1995 de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponencia de don José Luis Zarco Olivo, *Actualidad Jurídica Madrid*, núm. 3, 1-15 de febrero de 1996, 11-19.
- (1995). La modificación judicial de las cuotas de participación asignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando resulten injustas o erróneas. Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1995 de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponencia de don José Luis Zarco Olivo, *Revista Jurídica SEPIN*, núm. 154, 55-59.
- (1999). La desafectación de la vivienda del portero y su enajenación como piso privativo: requisitos y efectos cuando existen pisos o locales hipotecados. Comentario a la Resolución de 13 de junio de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Revista Jurídica SEPIN*. núm. 190-B, 26-36.
- (1999). La obligación de contribuir a los gastos generales en la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril (I), *Revista Jurídica SEPIN*. Núm. 195-B.
- (2009). Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los 30 días, *La Ley*, núm. 7186, 1 de junio de 2009.
- (2010). El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 1001-1052.
- (2011). La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos

- nulos en la formación de los acuerdos comunitarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, pp. 1370-1377.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J. (1999). *La Ley de Propiedad Horizontal*. Navarra. Aranzadi.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2004). *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales, vol. 2.º, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. 2.ª ed. Dykinson.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007). *Propiedad Horizontal, Tomo I, comentario al artículo 5 LPH*. Manuales de Formación Continuada, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.

NOTAS

¹ A efectos de no complicar la exposición, contemplamos solo el paradigma o supuesto típico de la propiedad horizontal (edificio dividido en pisos y locales), por lo que referiremos la cuota a los conceptos de edificio y de piso o local, no obstante, debe tenerse en cuenta que actualmente el régimen de la propiedad horizontal se aplica también a situaciones inmobiliarias distintas del edificio tradicional (por ejemplo, las urbanizaciones privadas o la llamada propiedad horizontal tumbada), por lo que lo que señalemos en este estudio será también aplicable *mutatis mutandis* a estas nuevas realidades jurídico-inmobiliarias. Para una visión general de los supuestos de propiedad horizontal puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2010).

² En la práctica es muy frecuente referirse a la cuota de participación con la palabra «coeficiente». Esta era la terminología que empleaba el Proyecto de Ley de 1960 (*BOCG* núm. 659, del 20 de abril de 1960), cuyo artículo 1.º disponía lo siguiente (la cursiva es nuestra): «A cada apartamento se atribuirá un *coeficiente* en relación con el total representado por el inmueble. Dicho coeficiente servirá de módulo para determinar, en principio, las cargas generales afectas al apartamento, así como los posibles abonos, en especial a la cesación del régimen de propiedad horizontal. Las mejoras o menoscabos de cada apartamento alterarán su coeficiente respectivo, el cual *será invariable*, salvo acuerdo unánime». Nótese como se destacaba el carácter invariable del coeficiente una vez establecido. Igualmente, la EM de la LPH (1960) utiliza como equivalentes las palabras coeficiente y cuota, cuando afirma que «el coeficiente o cuota, ...».

³ La EM de la LPH (1960) se refiere al significado jurídico de la cuota de participación afirmando que «no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos y locales se divide así económicamente en fracciones o cuotas».

⁴ La doctrina es pacífica en aceptar que el valor que expresa la cuota es el valor proporcional del piso respecto del valor total del edificio, para lo que, en principio, es irrelevante el valor venal, en renta, comercial o de adquisición del piso que puede estar sujeto a variaciones en función del paso del tiempo o de circunstancias sobrevenidas. Por esta razón, la doctrina se suele referir al valor que representa la cuota como *valor funcional*: ESPIN CÁNOVAS, D. (1978), p. 1057. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L. (1963), pp. 1188-1189. BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973), pp. 87-89; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1999), p. 49. GÓMEZ CALLE, E. (2011), p. 77.

⁵ Repárese, por ejemplo, en que antes los pisos bajos eran los más caros y solicitados, dada la ausencia de ascensor y de los estruendos del tráfico y de la vida comercial y nocturna de nuestra época, hasta el punto de que a la primera planta de los inmuebles se les denominaba, en ocasiones, planta «principal». Importancia que hoy todavía siguen teniendo cuando se trata de edificios situados en calles importantes, para ser objeto de oficinas y despachos o consultas de profesionales. Por el contrario, actualmente los pisos altos, especialmente si

cuentan con una cubierta practicable a nivel que permite su utilización como terraza de uso privativo suelen ser los más caros y solicitados.

⁶ El párrafo 2.º del artículo 3 LPH, expresamente señala que las mejoras o menoscabos de que sea objeto cada piso o local no alterarán las cuotas de participación atribuidas.

⁷ Por ejemplo, en cuanto a los beneficios o ventajas, sirve para distribuir los derechos de uso sobre los elementos comunes o los rendimientos que se obtiene con ellos y, en cuanto a las desventajas, sirve para determinar la contribución a los gastos de conservación o las indemnizaciones que deben abonarse por razón de los elementos comunes. No obstante, en el caso de los gastos, como luego veremos, es posible que en los estatutos se establezca un sistema de reparto de gastos comunes distinto del que resulta de la aplicación de la cuota de participación [arts. 5, párr. 3.º y 9.1.e) LPH].

⁸ Tras la vigencia de la LPH (1960), sin embargo, la identificación de la cuota de participación en la propiedad horizontal con la cuota en los elementos comunes estuvo presente durante cierto tiempo en la práctica notarial, ya que en muchas escrituras de división horizontal era frecuente contemplar la cuota de participación como una simple cuota de participación en los elementos comunes en lugar de hacerlo como una cuota de participación en la totalidad del inmueble, como exigen los artículos 3 LPH y 8 LH. Frente a esta práctica, la DGRN respondió inicialmente de un modo excesivamente riguroso, como fue el caso de la resolución de 7 de junio de 1963 (*BOE* del 18 de junio), que confirmó la nota del registrador que había denegado la inscripción de una escritura en la que se dividió horizontalmente un edificio en tres viviendas y un local comercial, porque la mención de la cuota de participación afirmando que «la cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble a los efectos del artículo 396 del Código Civil y 8 de la Ley Hipotecaria es de veinticinco enteros por ciento del valor total de aquellos», resultaba contraria al artículo 3 LPH que exige que la cuota se determine con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas del mismo. Por el contrario, en la resolución de 23 de julio de 1966 (*BOE* del 23 de agosto), con un criterio más flexible, se estimó que la referencia en la escritura de que la cuota que se asignaba a cada piso o local en los elementos comunes se fijaba a los efectos del artículo 396 del Código Civil y del artículo 8 LH, resultaba suficiente para cumplir los requisitos legales de los artículos 3 LPH y 8 LH, ya que estaba fuera de toda duda que la cuota así expresada se refería a todo el inmueble y no solo a los elementos comunes.

⁹ ESPÍN CANOVAS, D. (1978), p. 1053.

¹⁰ En la misma línea, ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 124.

¹¹ Sobre los problemas que plantea el cómputo de estas dos mayorías puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2011).

¹² Para comprender la situación de propiedad horizontal con cuota transitoriamente indeterminada o no cuantificada puede resultar de interés traer a colación la situación que se produce en los supuestos de derechos subjetivos que no tienen todavía determinado a su titular o no se conoce aún su identidad. En estos casos, no puede hablarse de derechos sin sujeto porque no es posible la existencia de un derecho subjetivo sin titular, lo que sucederá, simplemente, es que nos hallaremos ante una situación interina en la que el titular está sin determinar o no se conoce pero existe. Este será, por ejemplo, el caso de la herencia yacente o el supuesto de las disposiciones patrimoniales realizadas en favor de una persona concebida pero no nacida (*nasciturus*). En la herencia yacente el heredero existe, lo que pasa es que esta transitoriamente desconocido o no es hallado, si el llamado no aparece siempre estará el Estado como heredero final (art. 956 del Código Civil). En el caso del *nasciturus* si bien cuando se produce la atribución patrimonial (donación o llamamiento hereditario) todavía el titular no existe, como en un orden normal de las cosas llegará a existir, en tanto se produce el tiempo de la gestación necesaria para que se verifique el nacimiento, que es el hecho que determina el comienzo de la personalidad del nacido (art. 29 del Código Civil) que entonces podrá ya, mediante la aceptación (a través de sus representantes legales), adquirir el derecho que se le atribuyó cuando todavía no había nacido, deben adoptarse una serie de medidas interinas dirigidas a favorecer su derecho (arts. 627, 965 y 966 del Código Civil). En el caso

de la propiedad horizontal sin determinación de cuotas las cosas son más sencillas, bastará con cuantificar la cuota para que todos los efectos que deba producir se desencadenen. El propio artículo 5 LPH admite la existencia de una propiedad horizontal en la que las cuotas todavía no han sido determinadas ya que contempla que su fijación pueda verificarse, entre otros modos, «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*», es decir, que se acepta la existencia de la situación de propiedad horizontal, lo cual significa que deberá concurrir la correspondiente cuota de cada propietario, pero, sin embargo, todavía no está fijada en su porcentaje concreto, lo que deberán realizar los propietarios «existentes».

¹³ Que es posible una propiedad horizontal sin que se haya otorgado el título constitutivo y sin que se hayan fijado las cuotas de participación se acepta pacíficamente en la doctrina. Por todos, FUENTES LOJO, J. V., (1978), 273 y GÓMEZ CALLE, E. (2011), p. 80.

¹⁴ En la comunidad de bienes, se da preeminencia a las reglas de la autonomía privada sobre la regulación legal. Así lo evidencia el segundo párrafo del artículo 392 del Código Civil cuando dispone que «A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

¹⁵ La exigencia de que todas las cuotas de participación sumen 100, sirve en muchas ocasiones en la práctica como un criterio para dilucidar si una determinada parte del edificio es elemento común o no, o si un determinado piso o local es elemento privativo de una propiedad horizontal o pertenece a otra. Así, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1168) resolvió un asunto en el que se discutía si los sótanos de unos edificios eran elementos comunes (pertenecientes a las comunidades de propietarios demandantes) o, por el contrario, se trataba de elementos privativos pertenecientes a la demandada (una Cooperativa de Viviendas que había construido los edificios). Uno de los razonamientos que condujeron a que el Tribunal Supremo rechazase el recurso de casación formulado contra la sentencia que había estimado la demanda y declarado que los sótanos litigiosos eran elementos comunes, fue que las cuotas de todos los pisos en que se dividieron horizontalmente los edificios sumaban 100, razón por la cual los sótanos no podían ser elementos privativos ya que ni tenían asignada cuota en el edificio ni era posible que la tuvieran al estar ya alcanzada la suma de 100 de las cuotas de los pisos.

¹⁶ Consideran, entre otros, que los criterios que señala el párrafo 2.º del artículo 5 LPH para la fijación de las cuotas son imperativos, ALBALADEJO, M. (2002), p. 417; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012), p. 221; FUENTES LOJO, J. V. (1978), p. 281; GÓMEZ CALLE, E. (1992), pp. 1560 y 1563; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2004), p. 420. Por su parte, ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (1967), p. 1252, entiende que los criterios señalados en el artículo 5, párrafo 2.º de la LPH «son meramente orientadores y, por tanto, dispositivos».

¹⁷ En la misma línea, ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 125, considera que la enumeración legal «no debe interpretarse como la exclusión de cualquier otro índice de valoración, ya que cuando las circunstancias concurrentes revelen que otros factores imponen una clara diferencia en la valoración de los diferentes pisos o locales, deberán estimarse en la asignación de la cuota. A modo de ejemplo, pueden citarse los criterios de la luminosidad, la orientación, el volumen, la antigüedad (caso de ejercicio del derecho de sobreedificación), etc.»; también GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J. (1999), consideran que la enumeración del artículo 5 LPH no es en absoluto exhaustiva por lo que se podrán tener en cuenta otros criterios de valoración. Igualmente, VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007), p. 325, afirma que «A nuestro juicio, tales criterios no son los únicos a ponderar y, de otro lado, pueden tener un distinto significado en atención a las circunstancias».

¹⁸ Lo que decimos en el texto se confirma si atendemos a los antecedentes de la LPH, ya que el artículo 396 del Código Civil, en la redacción que le dio la Ley 26 de octubre de 1939, que fue la que instaura en nuestro Derecho el concepto moderno de la propiedad horizontal como institución alejada de la copropiedad ordinaria, establecía expresamente, en la línea de lo que dispone el artículo 393 del mismo cuerpo legal, que «Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, *se presumen iguales*». Por el contrario, la LPH abandona este criterio supletorio de la igualdad de cuotas, precisamente, porque quiere que cada piso tenga la cuota que le corresponda en función de sus condiciones objetivas.

¹⁹ En el ámbito de la valoración catastral, es frecuente que a la hora de fijar la superficie computable de cada uno de los elementos privativos de la propiedad horizontal se tenga en cuenta como superficie de cada piso o local junto a la superficie útil privativa o exclusiva de cada piso o local propiamente dicha, una determinada superficie de los elementos comunes (espacio del descansillo de la planta en la que se ubica el piso, un porcentaje de la superficie del portal, etc.). Sobre esta cuestión puede verse el artículo 6.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE del 8 de marzo).

²⁰ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1999), p. 34.

²¹ En relación con el principio de igualdad y con el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado que el artículo 14 CE reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que limita a los poderes públicos y les obliga a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Razón por la cual, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de la diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la Ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad, correspondiendo al que alegue la legitimidad constitucional de la diferencia de trato la carga de razonar y fundamentar su justificación. En esta línea se pronuncian, entre otras, las SSTC 22/1981, de 2 de julio, 184/1990, de 15 de noviembre, 110/1993, de 25 de marzo, 39/2002, de 14 de febrero, y 41/2013, de 14 de febrero.

²² La igualdad esencial del derecho de todos los propietarios que integran la propiedad horizontal es la que, probablemente, justifica con mayor acierto la propia denominación de esta forma especial de propiedad inmobiliaria que, al calificarse de «horizontal», pone el acento en la idea de que las titularidades jurídicas de todos los propietarios se hallan inicialmente en el mismo plano de igualdad u «horizontalidad». Una manifestación de que, institucionalmente, la ley ha querido que el derecho de los propietarios sea igual e idéntico para todos los titulares de la propiedad horizontal es que para la aprobación de los acuerdos comunitarios, conforme al sistema de la doble mayoría, para alcanzar la mayoría personal o de cabezas el voto personal de cada propietario tiene el mismo valor, sin perjuicio de que, para obtener la mayoría patrimonial o de intereses haya que estar ya al valor de la respectiva cuota de cada propietario.

²³ Como es sabido, en la propiedad horizontal el contenido del derecho de cada propietario está integrado por dos derechos indisolublemente unidos: el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso privativo y el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes que lleva inherente la titularidad de la propiedad separada, siendo lo principal el piso privativo y lo accesorio, los elementos comunes, que se hayan vinculados al piso por una relación de accesoria jurídica, razón por la cual no pueden ser enajenados, gravados o embargados de forma independiente o separada de la parte privativa de la que son un «anejo inseparable» (arts. 396 del Código Civil y 3 LPH).

²⁴ Como ya hemos visto anteriormente, junto a la resolución judicial la revisión de las cuotas inicialmente establecidas también podrá realizarse mediante laudo arbitral, cuando los propietarios hayan decidido voluntariamente que la discrepancia surgida entre ellos por esta cuestión sea resuelta sometiéndose al oportuno arbitraje, en cuyo caso, quedará excluida la vía judicial.

²⁵ En la doctrina, el criterio mayoritario parece inclinarse por la tesis de que, en ausencia de acuerdo unánime de todos los propietarios, debe prevalecer la inalterabilidad o invariabilidad de las cuotas establecidas, salvo que concurren circunstancias excepcionales que autoricen su revisión o rectificación por resolución judicial. Así, BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973), p. 87, afirma que la alteración de las cuotas es un remedio «excepcional y debe ser manejado con singular prudencia por los juzgadores y solo para los casos raros de manifiesta iniquidad y referido a las valoraciones iniciales, puesto que las ulteriores, por alteraciones o modificaciones de los pisos o locales, tienen un diferente tratamiento»; ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 126, considera que «la ley, al señalar una serie de criterios a tener en cuenta en la concreta asignación de cuotas, parece oponerse a su fijación arbitraria, por lo que la conclusión es que las cuotas de participación fijadas en el título constitutivo pueden impugnarse siempre que se estime que son manifiestamente inequitativas, correspondiendo a aquel que lo alegue la prueba del carácter injustificado de la atribución», precisando que «sin embargo, esta alteración judicial solo debe aplicarse en circunstancias excepcionales que lleven al desequilibrio de las prestaciones o a una excesiva onerosidad sobrevenida de las cuotas; de lo que se deduce que, por lo general, regirá el principio *pacta sunt servanda*, exigiéndose para su modificación del acuerdo unánime de los propietarios (v. art. 17 LPH)»; VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007), Tomo I, p. 328, estima que la impugnación de las cuotas solo debe admitirse en supuestos excepcionales, para los casos de arbitrariedad que produzca diferencias significativas o en los casos de error.

En el plano jurisprudencial, puede citarse la SAP de Madrid (Sección 13.ª) de 23 de mayo de 1995 que confirmó la sentencia apelada que había estimado la demanda y había declarado la nulidad de las cuotas inicialmente establecidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal y las había sustituido por otras, con la siguiente motivación: «... *comparte este Tribunal el criterio del Juzgado de procedencia según el cual, en supuestos excepcionales en los que la determinación de las cuotas de participación de los distintos pisos y locales no responda a los criterios previstos al efecto en el segundo párrafo del antedicho artículo 5 y provoque en alguno de los miembros de la comunidad una situación contraria a la equidad, no puede prevalecer la notoria injusticia que ello comporta sobre la indefensión que para tales propietarios supondría la imposibilidad de obtener el acuerdo unánime exigido por el artículo 16.1. En tales casos, el propietario del piso o local que se considere perjudicado por la participación en las cargas y beneficios de la comunidad que le supone la aplicación de la cuota vigente al amparo del título constitutivo, no puede ser privado del derecho a obtener la tutela judicial efectiva —proclamado por el artículo 24.2 (sic) de la Constitución Española— sirviéndose para ello del oportuno juicio declarativo. Y no obsta a lo anterior la alegación de los apelantes según la cual tal posibilidad comprometería la seguridad jurídica, pues esta —aunque garantizada por la propia Constitución Española en su artículo 9.3— no puede alzarse sobre el principio de legalidad, recogido en el mismo precepto constitucional, ni el de justicia que se contempla en el artículo 1 de nuestra Carta Magna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento se ha de tener en cuenta que, admitiendo el artículo 5, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal la posibilidad de que por resolución judicial se fije en el título constitutivo la cuota de participación —en el caso de que no se haya hecho por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos o por acuerdo de todos los propietarios existentes— nada impide que igualmente por resolución judicial se pueda modificar dicho título en los supuestos de que no se alcance la unanimidad exigida por el artículo 16.1.º del repetido Cuerpo Legal. Así las cosas, en el caso que nos ocupa se ha probado que el régimen de propiedad horizontal fue constituido el día [...] mediante escritura pública otorgada por los dueños del*

inmueble [...], teniendo en cuenta unas medidas de superficie que no se ajustaban a las reales y sin especificar criterio alguno por el que se fijaban los porcentajes de participación de los diferentes pisos y locales. También se ha acreditado documentalmente [...] que en la misma Notaría, en igual fecha y mereciendo el siguiente número de protocolo, el padre del demandante [...] compró el local comercial identificado con el núm. 2 de aquella casa, de donde no cabe inferir —no habiéndose demostrado por ninguna otra prueba— que la parte actora tuviese conocimiento de las cuotas de participación que se habían establecido en el referido título constitutivo antes de adquirir el antedicho local. Por último, no ignora esta Sala que el artículo 5, párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal prevé que la cuota de participación se establezca atendiendo no solo a la superficie de los distintos pisos y locales —criterio preferencial seguido en el informe pericial obrante en autos [...] aunque no fue el único [...]— sino también teniendo en cuenta otras consideraciones tales como su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que racionalmente se presuma que va a efectuar de los servicios o elementos comunes, ahora bien, comparando los porcentajes establecidos en el título constitutivo y en el informe pericial antedicho, se advierte que el primero se basó en una superficie irreal y en otras consideraciones desconocidas, mientras que el segundo se funda en mediciones auténticas del inmueble y en otros factores previstos en el antedicho precepto de la Ley 49/1960, de 21 de julio, considerando además que este último porcentaje más equitativo que el primero para determinar la participación del actor en los gastos y beneficios de la Comunidad de Propietarios. Finalmente decae la alegación de la parte recurrente según la cual el ejercicio de la acción resulta extemporáneo y contrario a los propios actos del actor en cuanto el mismo —y su padre como anterior propietario del local— han consentido el actual coeficiente durante años pues, de la prueba documental aportada [...] así como de la confesión judicial de D.^a. [...] se deduce que fueron reiterados los intentos amistosos del actor y su padre encaminados a obtener la modificación de su cuota de participación acudiendo para ello al cauce ordinario cual es dejando constancia de su pedimento en sucesivas Juntas de Propietarios, lo cual impide que la Comunidad de Propietarios pueda aducir que desconocía las pretensiones de aquellos y que la presente actuación judicial crea incertidumbre al respecto». Un comentario a esta sentencia puede verse en GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., 1996 y 1995.

²⁶ Aunque lo normal es que las cuotas se fijen al tiempo del otorgamiento del título constitutivo, también puede ocurrir que se haya constituido o nacido la propiedad horizontal sin que se hay otorgado el título constitutivo *formal* del artículo 5 LPH [propiedad horizontal de hecho del art. 2.b) LPH] o, más raramente, que habiéndose otorgado el título constitutivo no se hubieran incluido en él las cuotas de participación de cada piso. En estos casos, las cuotas se habrán fijado, como señala el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, en un momento posterior al otorgamiento del título constitutivo o del nacimiento de la propiedad horizontal «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*».

²⁷ En la técnica registral la modificación de las entidades hipotecarias o fincas registrales puede llevarse a cabo mediante cuatro operaciones registrales distintas («división», «segregación», «agregación» y «agrupación», *vid.* arts. 45 a 48 RH), de modo que la *división* de fincas es aquella operación registral por la cual se cierra el folio abierto a una finca inscrita a causa de fragmentarse en su totalidad en dos o más porciones con las que se forman nuevas fincas que abren el correspondiente folio registral, mientras que la *segregación* implica que a una finca registral se le separa un trozo con el que se crea una nueva finca, que como tal abrirá el correspondiente folio registral o el trozo segregado se añade a otra finca ya existente (*agregación*), pero de forma que la finca a la que se le separa o segrega un trozo sigue existiendo y conservando su folio registral, siendo la *agrupación* aquella operación por la cual dos o más fincas independientes, que como tales cuentan con su propio folio registral abierto, se unen para formar otra finca nueva que, como tal abre folio registral, dando lugar al cierre de los folios abiertos a las fincas agrupadas. Dejando al margen estos conceptos estrictamente registrales, empleamos la terminología vulgar o común de «unión» o «división» de pisos, de modo que hablamos de división material de un piso para referirnos a aquellos

casos en los que un piso se parte o fragmenta (divide) para formar dos o más pisos nuevos independientes, y de unión material de pisos para expresar el supuesto en el que dos o más pisos se suman (unen) para conformar un único piso independiente. En el plano registral, a fin de conservar en lo posible las originarias fincas independientes creadas al constituir el régimen de la propiedad horizontal, estas alteraciones de los pisos originarios se realizarán acudiendo, en el caso de la división material, a la operación de la segregación, ya que el folio abierto al piso originario se conservará y se abrirá otro folio registral para albergar el nuevo piso creado con el trozo separado o segregado, igualmente, cuando lo que se realice sea la unión de dos (o más) pisos, registralmente, esta operación se llevará a cabo mediante la agregación a uno de los pisos en presencia del otro u otros pisos que se le añaden, de modo que se mantendrá el folio del piso al que se agregan los demás y se cerrará el folio abierto a los pisos agregados.

²⁸ Nótese como la redacción de este artículo está todavía anclada en la vieja concepción de la cuota como una simple expresión de la participación del piso en los elementos comunes, frente al nuevo concepto de la cuota de participación como un porcentaje que representa el valor proporcional de cada piso o local en la totalidad del inmueble y no solo en las cosas comunes, que es el que instaura la LPH (1960). En todo caso, debe destacarse, para justificar los términos en que está redactado el artículo 16.2 RH que se trata de una norma anterior a la vigencia de la LPH (1960).

²⁹ El supuesto de desafectación de un elemento común puede también tener otras variantes. Así, cabe que el elemento común objeto de la desafectación no se convierte en un nuevo piso independiente que se enajena a un tercero sino que, por el contrario, su superficie se añade o agrega, en su totalidad o en parte, a uno o a varios de los pisos existentes. En este caso, puede ocurrir que no se modifiquen las cuotas del piso o pisos a los que se agrega o añade, o que se modifiquen las cuotas de los pisos que resultan favorecidos aumentando sus cuotas originales en atención al aumento de superficie que reciben por la adición del espacio común desafectado lo que, lógicamente, exigirá modificar también las cuotas de los restantes pisos a fin de que sumadas todas las cuotas sigan dando 100. También es posible que el elemento común desafectado se enajene a un tercero y salga definitivamente de la comunidad (por ejemplo, lo desafectado es un terreno adyacente al edificio que puede separarse de la propiedad horizontal), en este caso no sería necesario alterar las cuotas existentes.

³⁰ A nuestro juicio, la doctrina establecida por la citada resolución de 5 de mayo de 1970 (BOE del 4 de junio), no resulta acertada ya que desafectar un elemento común (piso del portero), convertirlo en un nuevo piso o elemento privativo, lo que exige atribuirle la correspondiente cuota con la consiguiente modificación (reducción) de todas las cuotas de los pisos y locales del edificio, supone un acto de disposición sobre el régimen de la propiedad horizontal que excede de la competencia de la Junta de propietarios y solo debería realizarse con el consentimiento individualizado de todos los propietarios ya que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario. En esta línea se pronunciaron, entre otros, CAMY, B. (1970) y CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973), pp. 148-149. No obstante, la gran frecuencia con la que esta doctrina registral se aplica en la práctica, permite afirmar que esta plenamente consolidada en los usos notariales y registrales por lo que discutir hoy su viabilidad teórica o dogmática resulta ya improcedente.

³¹ Sobre esta Resolución puede verse el comentario de GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. 1999, pp. 26-36.

³² Hoy, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, el acuerdo unánime ya no será siempre necesario y cabe la modificación de las cuotas «de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley» (LPH).

³³ Ya ESPÍN CANOVAS, D. (1978), p. 1063, había advertido la excepcionalidad de la alteración de las cuotas inicialmente establecidas al afirmar que «(s)alvo estos supuestos excepcionales (se está refiriendo a los regulados en los arts. 3, 8 y 12 LPH) en que la alteración física del edificio impone una congruente alteración en las cuotas, puesto que se altera el punto de referencia al edificio en su totalidad, la cuota es una relación inalterable de cada

piso o local respecto del edificio, que al formar parte del título constitutivo no puede ser variada más que por un acuerdo unánime de los codueños».

³⁴ La distinción entre estos dos tipos de actos se reconoce, entre otras, en las resoluciones de 23 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 4804); 12 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 2171); 4 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 2382); 31 de marzo de 2005 (*RJ* 2005, 3530); 19 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 3396) y 27 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 1327).

³⁵ En la misma línea, CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973), p. 149, afirmaba que «es indudable que la junta carece de facultades para proceder a la enajenación o gravamen de todo el edificio en su conjunto. El consentimiento de la totalidad de los copropietarios será, por supuesto, indispensable».

³⁶ La resolución de 19 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 3396) afirma al respecto «que las modificaciones de la cuota, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la Ley atribuya expresamente a la Junta de Propietarios competencia para ello». Por su parte, la resolución de 27 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 1327), declaró que «la modificación de la cuota, en tanto en cuanto afecta al derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente». En la misma idea, la resolución de 11 de octubre de 2001 (*RJ* 2002, 7921) ya había exigido el consentimiento de los propietarios para la modificación de las cuotas en su día establecidas.

³⁷ De esta acertada regla general, sin embargo, estaría excluido el supuesto en el que la modificación de las cuotas es consecuencia de la desafectación de un elemento común (vivienda del portero) para su conversión en un nuevo elemento privativo, lo que exigirá la fijación de una cuota para el nuevo piso creado y la consiguiente reducción de las cuotas de todos los pisos del edificio a fin de que sumadas todas las cuotas (las de los antiguos pisos y la cuota asignada al nuevo piso creado) sumen 100. La razón no es otra que el mantenimiento de la errónea doctrina registral que se inició con la Resolución de 5 de mayo de 1970 que, evidentemente, contradice esta regla general, como ya hemos apuntado anteriormente.

³⁸ En la doctrina, GÓMEZ CALLÉ, E. (1992), p. 1561, ya había apuntado certeramente este criterio al considerar que la fijación de nuevas cuotas no es una decisión que corresponda a la Junta de propietarios, ya que compete exclusivamente a los propietarios individualmente considerados cuando afirma que «la determinación de la cuota queda dentro de la esfera de decisión de cada propietario, sin que ningún otro condueño pueda fijarla por él (ni aún para el caso de que este no se manifieste en contra de la fijada por aquel): es algo que, en realidad, queda fuera de las materias que pueden ser objeto de acuerdo, entendiendo este como decisión de la Junta como órgano de la Comunidad; cosa distinta de esto es mantener —como pretendemos— que en la fijación de las nuevas cuotas deben intervenir expresamente todos y cada uno de los propietarios, porque solo cada uno de ellos puede decidir en lo que afecta directamente a su propiedad privativa; se llega así a la conclusión de que es preciso un acuerdo unánime pero —insistimos— no como expresión de la voluntad de un órgano comunitario, sino como la suma de las voluntades de cada uno de los propietarios individuales; de ahí que consideremos inaplicables en este ámbito el régimen de la cuasi-unanimidad».

³⁹ Sobre los requisitos y efectos del voto presunto puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2009).

*(Trabajo recibido el 7-1-2015 y aceptado
para su publicación el 6-2-2015)*