



Roj: **SAP J 1122/2022 - ECLI:ES:APJ:2022:1122**

Id Cendoj: **23050370012022100933**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2022**

Nº de Recurso: **1036/2020**

Nº de Resolución: **927/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO CARRASCOSA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 927

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Antonio Carrascosa González

MAGISTRADOS

Dª Mª Teresa Carrasco Montoro

D. Blas Regidor Martínez

En la ciudad de Jaén, a catorce de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 1092 del año 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 1036 del año 2020**, a instancia de **D. Jenaro y Dª Carmen**, representado en la instancia y en esta alzada por el Procurador D. Jesús Méndez Vílchez y defendido por el Letrado D. Juan José Martínez Ortiz y; contra **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000 N° NUM000 DE JAÉN**, representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora Dª Mª Cristina León Obejo, y defendida por la Letrada Dª Mª Dolores Cabrera Martínez.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, con fecha 30 de junio de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D Jesús Méndez Vilchez, en nombre y representación de Dª Carmen y D Jenaro, contra La Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 nº NUM000 de la localidad de Jaén, en el ejercicio de una acción de nulidad de acuerdos comunitarios. Las costas se imponen a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte la parte demandante D. Jenaro y Carmen, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandada Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 N° NUM000 de Jaén, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1ª se formó el rolo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 14 de septiembre de 2022 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.



CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Antonio Carrascosa González.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, sin perjuicio de lo que después se expondrá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el indicado Juzgado desestima la demanda formulada por los actores Jenaro y Carmen , en la que se impugnaba el acuerdo adoptado por la junta de la comunidad de propietarios demandada (edificio radicado en la EDIFICIO000 , número NUM000 , de Jaén) en su reunión de 28 de mayo de 2019, consistente en tolerar "de forma personalísima el uso y disfrute del patio y terraza cubierta de las viviendas... NUM001 ", ello -se reiteraba- "de forma personalísima" e intransmisible.

A la vista de su argumentación, dicho pronunciamiento desestimatorio descansa única y exclusivamente en que los actores carecen de legitimación activa para llevar a cabo la impugnación deducida en su demanda, habida cuenta que no cumplieron con el requisito de salvar el voto exigido por el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, a la vista del resultado de la prueba practicada.

El presente recurso se plantea por los meritados actores, en función de dos diferentes motivos. El primero de ellos invoca error en la apreciación de la prueba y muestra su discrepancia con el razonamiento de la resolución recaída, anteriormente expresado, indicándose que sí existiría legitimación activa de los actores al haberse opuesto al acuerdo mencionado, y ello "en viva voz", sin que existiera realmente votación sobre tal cuestión; que sobre la misma existió una "discusión muy acalorada", según las testificales a que se alude, lo que acreditaría la oposición al mismo del apelante, que resultaba muy perjudicado. Por todo lo anterior, habría de deducirse que el recurrente "mostró su voluntad clara y pública, en contra de dicho acuerdo, ya que si ella no se hubiera opuesto al mismo, como es normal, no hubiera existido discusión".

En este primer motivo del recurso se alude también al contenido del acta de la junta, afirmándose que no responde a lo acontecido en la misma, en particular, porque reflejó como presente el señor Jenaro , cuando no compareció en realidad, ni tampoco indicaba que tuvieron lugar en votación ni cuál de los comuneros votaría a favor o en contra.

Tras aludir a una petición de subsanación de dicha acta, se afirma que ésta y su contestación por parte del administrador se realizaron "ex profeso para la contestación a la demanda", tratándose de subsanar las deficiencias apreciadas.

Por estas razones y otras que esgrime, concluye que la credibilidad del contenido del acta "queda más que entredicho". De manera que no existe prueba suficiente para acreditar que el actor no se opuso al acuerdo adoptado.

El segundo y último motivo se rúbrica como "Nulidad del acuerdo por no tener capacidad la demandada, para su adopción", existiendo otro argumento más para la anulación de aquel, en concreto, que "la demanda" (en realidad, la contestación de la comunidad de propietarios) supone ir contra sus propios actos, sin estar "legitimados para disponer y acordar, sin citación o conformidad de los propietarios del otro edificio, el uso de dicha terraza", por lo que "el acuerdo objeto de impugnación es nulo de pleno derecho".

Concluye el recurso con la petición de que se revoque la resolución recurrida y se acuerde "la estimación de la demanda con imposición de costas de la instancia a la demandada".

En su escrito de oposición, la comunidad de propietarios demandada interesa la desestimación del recurso de apelación planteado de contrario, en función de las razones que allí se exponen, que se dan en este primer fundamento por reproducidas.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala sobre el recurso interpuesto. Sobre el requisito exigido por el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal y su concurrencia en el caso de autos (primer motivo del recurso)-.*

La cuestión expuesta en la precedente rúbrica ha de ser la primera a analizar por esta Sala, teniendo presente su naturaleza jurídico procesal y, además, como se vio supra, al ser la única causa por la que la sentencia apelada rechaza la demanda de impugnación de acuerdos interpuesta por los actores.

Y sobre esta cuestión nos pronunciamos en nuestra reciente sentencia de 22-9-2021, declarando lo que sigue: "La legitimación activa en orden a la impugnación de acuerdos de una comunidad de propietarios se regula en el Art. 18.2 LPH, según el cual Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido



privados de su derecho de voto. Se añade que Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. (...) el Tribunal Supremo se ha pronunciado con respecto a la expresión "salvar el voto", en su sentencia -de Pleno- número 3127/2013, de 10 de mayo, en los siguientes términos: No coincide esta Sala con la doctrina de las Audiencias que consideran que el propietario presente en la junta que vota en contra del acuerdo comunitario no está legitimado para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos si no ha salvado previamente su voto. El artículo 18.2 de la LPH no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo. Se limita a conceder legitimación para impugnarlo a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, a los ausentes por cualquier causa y a los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. La sentencia de 16 de diciembre de 2008 declara, entre otras cosas, que no se modifica el artículo 18 LPH, en el cual se mantiene como requisito para poder impugnar el acuerdo, únicamente respecto de los copropietarios presentes en la junta, que hayan salvado su voto o votado en contra del acuerdo. Salvar el voto y votar en contra no suponen por tanto lo mismo. El hecho de votar en contra significa que, sin más expresión de voluntad que la del propio voto disidente, el propietario tiene legitimación para impugnar los acuerdos en la forma que previene la LPH. No es posible obviar que el legislador modificó la Ley para introducir, entre otras cosas, una expresión tan controvertida como la de salvar el voto, que no tenía antecedentes en el ámbito de la propiedad horizontal, y que mediante esta reforma que ha de operar en una realidad social determinada por una reunión de vecinos no debidamente ilustrada en estas cosas, puede entenderse suficiente el hecho de votar en contra para impugnar un acuerdo comunitario con el que no se está conforme, significado que, por cierto, nada tiene que ver con el que tendría en una sociedad capitalista, ni por las expresiones que en ella se utilizan ("asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo"), ni por la mayor exigencia de formalidades para éstas. La necesidad de salvar el voto únicamente tiene sentido en aquellos casos en los que los propietarios asisten a la Junta sin una información o conocimiento suficiente sobre el contenido y alcance de los acuerdos que se van a deliberar, y deciden no comprometer su voto, favorable o en contra, sino abstenerse de la votación a la espera de obtenerla y decidir en su vista. A ellos únicamente habrá de exigírseles dicho requisito de salvar el voto, pues en otro caso sí que se desconocería su postura ante dicho acuerdo. Con ello se evitaría, además, que el silencio o la abstención puedan ser interpretados como asentimiento al posicionamiento de la voluntad mayoritaria que se expresa en uno o en otro sentido". Concluye en el punto 3º del fallo de la sentencia que 3º Se declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: la expresión hubieren salvado su voto", del artículo 18.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, debe interpretarse en el sentido de que no obliga al comunero que hubiera votado en contra del acuerdo, sino únicamente al que se abstiene".

Aclarado lo anterior, debe analizarse acto seguido la postura y actuación del comunero apelante en la reunión comunitaria donde se adoptaron los acuerdos atacados en su demanda, ello en orden a determinar si, conforme al mencionado precepto legal, ostenta legitimación para su impugnación. Para ello, ha de atenderse necesariamente el contenido del acta que se aporta junto con el escrito de demanda (como documento número 6). Examinado tal documento, el ahora apelante -Sr. Jenaro - figura como "presente y/o representado", con una cuota de participación del 11,281%.

Sin embargo, tal acta fue objeto de subsanación posterior por parte del secretario-administrador, en concreto, a través del documento aportado como número 2 del escrito de contestación, en que se reseña que aquél no acudió a dicha reunión comunitaria, sí haciéndolo Carmen , cotitular del inmueble (al que se denomina como "componente horizontal NUM001 ").

Con respecto a lo anterior, interesa destacar que con fecha 4 de marzo de 2019 se dictó sentencia de divorcio (Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén, autos número 1956/2018), en que se disolvió, por divorcio, el matrimonio de los actores y, además, se llevaba a cabo -de mutuo acuerdo- la liquidación del patrimonio ganancial, en que hasta entonces se integraba la vivienda comunitaria, decidiéndose de un lado su reparto entre los (ex) cónyuges por mitades indivisas, por lo que dicho bien ganancial pasó a conformar una copropiedad romana o por cuotas. Y, de otro, la atribución de su uso a la señora Carmen .

Tal era la situación dominical de la vivienda cuando se celebró la reunión comunitaria.

Aunque, como se ha dicho, no estuvo presente en la junta el actor señor Jenaro , como también ha corroborado dicho secretario - Constancio - al declarar como testigo en la vista celebrada, no puede considerarse a aquél como "ausente" de la junta a los efectos legitimadores que contempla este artículo ("ausentes por cualquier causa"), habida cuenta que la propiedad sí concurrió a la reunión comunitaria, al asistir la que fue su esposa señora Carmen . Debe tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial, en materia de comunidades de propietarios, viene sentando el principio "un propietario, un voto" (así, STS de 10-2-1995). La misma ley contempla la hipótesis de que la finca pertenezca a una pluralidad de propietarios, si bien en comunidad romana o pro indiviso.



Pero, en este caso, la ley no permite que todos los propietarios puedan asistir a la Junta ni que cada uno de ellos, por separado, tengan derecho de voz ni de voto, por lo que la doctrina ha destacado que rige en este caso el principio que podríamos expresar con la fórmula "una finca o unidad inmobiliaria independiente, un solo derecho de asistencia, de voz y de voto en la Junta". Por ello, el artículo 15.1, párrafo 2º, de la LPH dispone que en este supuesto los diferentes propietarios deberán nombrar "un representante para asistir y votar en las Juntas". Y que el que asista a la Junta sea uno de los comuneros y alegue que ostenta la representación de los demás propietarios no será necesario que aporte documento alguno que acredite la representación que dice ostentar, ya que su condición de propietario debe considerarse suficiente, conforme a los artículos 394 y 448 del Código Civil, para presumir frente a terceros (la Junta de Propietarios) su legitimación para asistir y votar en la Junta, todo ello, claro está, sin perjuicio de las acciones y responsabilidades que puedan derivarse en la relación "ad intra" entre los diversos copropietarios cuando el propietario que asista a la Junta no se haya ajustado a las decisiones, instrucciones o indicaciones que hubieran adoptado la mayoría de los propietarios a la hora de tomar postura en los diferentes asuntos del orden del día de la Junta.

Tal doctrina legal es aplicable a los inmuebles pertenecientes a una sociedad de gananciales, por evidentes razones de analogía, de suerte que cualquiera de los cónyuges está legitimado para concurrir a la junta (cfr. Arts. 1374 y 1384 CC). Así, declaraba la SAP La Coruña, secc 3ª, de 3-6-2016 "Esta norma se aplica cotidianamente. Por las viviendas propiedad de matrimonios en gananciales, o compradas proindiviso, acude el marido o la mujer indistintamente, y el que comparece es quien opina y vota. Nadie se plantea que pudieran comparecer ambos y pretender votar ambos y se compute un voto doble, o que cada uno tenga la mitad de la cuota de representación de la vivienda".

Una vez afirmado que la citada propiedad compareció a la junta (general ordinaria) que tuvo lugar el 28 de mayo de 2019, se trata ahora de dilucidar si aquélla votó en contra o se reservó la posibilidad de su impugnación a través de la analizada fórmula legal de "salvar el voto". En primer término, llama la atención que el recurso se refiera constantemente a "mi mandante" para aludir a la presencia y actuación de esa parte -demandante- en dicha junta de propietarios, cuando según sus propias alegaciones y resulta de la prueba practicada, quien acudió a la misma fue la señora Carmen y no el señor Jenaro .

De otro lado, y frente a diversas alegaciones que se vierten en el recurso, como la de que del perjuicio que suponía dicho acuerdo para los actores habría de deducirse su oposición al mismo, habremos de resaltar que la prueba de tal hecho, por su carácter positivo y conforme a las reglas generales del artículo 217 de la LEC, incumbe a la parte actora, sin que pueda presumirse.

Y la respuesta a dicha cuestión, a la vista del resultado de la prueba practicada, ha de ser negativa, coincidiendo así esta Sala con la sentencia de primera instancia. En efecto, ni en la citada acta ni tampoco en el documento de subsanación de la misma se refleja una u otra postura por parte de la citada propiedad frente al acuerdo que se adoptó en materia de utilización de las "terrazas-cubiertas y patios". Antes al contrario, en dicho documento se recoge que hasta tres veces fue leído el contenido del acuerdo, ello para general conocimiento de quienes allí concurrían y por su trascendencia, sin que ningún comunero (la apelante Sra. Carmen , en nuestro caso) llegara a mostrar su disconformidad al respecto.

Y lo mismo afirman los testigos que han depuesto en la vista oral, principiando por el citado secretario y administrador de la junta (CD 4, min 0:00 y ss de las grabaciones remitidas). El primero, ratificando lo que consignó en uno y otro caso, indica que existió un debate sobre la materia objeto del acuerdo, que califica de "fuerte" e "intenso" y que, finalmente se llegó a un acuerdo, en aras a una convivencia pacífica en la comunidad, siendo ésta de pequeño tamaño. Para mayor concreción, explica en sus manifestaciones que se preguntó por la existencia de votos en contra y de abstenciones, sin que ninguno de los comuneros presentes manifestara en uno u otro sentido y, en especial, su discrepancia con el acuerdo.

En el mismo sentido se pronuncian los testigos señor Hugo y señor Joaquín , que asistieron a la junta, sin que merezcan credibilidad suficiente los testigos propuestos por la parte apelante, habida cuenta del interés que reconocen tener en el pleito (la señora Julieta) y la amistad que tienen con ellos (don Luis), como destaca la sentencia de primer grado.

En consecuencia, la valoración de dichas testificales se ajusta a lo previsto en el artículo 376 de la LEC, sin que ningún error quepa detectar en su apreciación ni, en general, en la del resto del material probatorio que figura en actuaciones.

Finalmente, y en cuanto a la discrepancia que se viene a mostrar con el contenido del texto del acta levantada en su día, la misma debió haberse traducido en la correspondiente petición de su subsanación, y su ratificación en junta posterior, tal como obliga el artículo 19.3, párrafo 3º, de la LPH, lo que no consta aconteciera. Ciertamente es que varios propietarios dirigieron una carta al secretario de la comunidad (fecha el 21-10-2019), en orden a que se modificara el acta. Pero también lo es, en primer lugar, que entre ellos no figuraba el hoy recurrente.

Y, en segundo término, en la misma se requería a dicho secretario precisamente para que recogiera "que tales acuerdos se aprobaron por unanimidad de los presentes y representados", y ello "tal cual acaeció, como quiera que ninguno emitió voto en contra ni se reservó el voto cuando tras la exposición y debate se requirió la expresión de la disconformidad o disconformidad de los condueños sobre los citados acuerdos". Esto es, la modificación interesada no era precisamente para ese recogida la falta de voto en contra o abstención formulada por propietario alguno.

En consecuencia, este primer motivo del recurso habrá de rechazarse.

TERCERO -. Decisión de la Sala sobre el recurso interpuesto (y II). Sobre la doctrina "venire contra factum proprium" que se invoca como segundo motivo del recurso y sobre la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en el recurso de apelación-.

Como se expuso, en este segundo y último motivo del recurso, los apelantes consideran que existe "otro argumento más para la anulación de aquel", que viene dado por la postura de la comunidad de propietarios en su escrito de contestación, al interesar el llamamiento al procedimiento de los propietarios "del otro edificio", ello al ser la terraza "parte común" del edificio donde se ubica esta comunidad y también del edificio contiguo.

El motivo ha de ser desestimado, y por razones estrictamente formales. En efecto, ninguna alegación en tal sentido contenía su escrito de demanda, que esgrimía otras razones en orden a la anulación del acuerdo, en concreto, las que exponía en el hecho duodécimo de tal escrito rector. Y tiene declarado una reiterada jurisprudencia, con apoyo en el artículo 456 de la LEC, que constituye un principio fundamental del recurso de apelación la proscripción de la introducción de cuestiones nuevas en esta alzada. Así, en nuestra sentencia de 16-5-2019 decíamos que "Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el Tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y de la misma forma, el apelante demandado no puede introducir motivos de oposición diferentes a los aducidos en su contestación, pues privaría a la contraparte de aportar los argumentos y medios de prueba que desvirtúen lo aducido". Y que "Correlativamente, el Tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el Juez conforme a lo que el Tribunal de apelación entiende que es la solución correcta".

No habiéndose formulado alegación alguna en tal sentido, no puede invocarse eficazmente tampoco ante este Tribunal "ad quem", por lo que también procede su rechazo.

CUARTO-. *Costas procesales de segunda instancia y depósito constituido para recurrir*-.

En materia de costas procesales de esta alzada, procede su imposición a la parte actora, conforme al artículo 398 de la L.E.C.

Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8 de la L. O. P. J, ante la desestimación del recurso, procede dar destino legal al depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la postulación procesal de Jenaro y Carmen contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén con fecha 30 de junio de 2020 en autos de Juicio Ordinario nº 1092/2019, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición de las costas de esta alzada.

Dese destino legal al depósito constituido esa parte para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, de concurrir los presupuestos legales para su admisión; y en el plazo legalmente previsto.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al referido Juzgado de Primera Instancia, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.