



Roj: **SAP BI 1295/2008 - ECLI:ES:APBI:2008:1295**

Id Cendoj: **48020370052008100160**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **5**

Fecha: **30/09/2008**

Nº de Recurso: **27/2008**

Nº de Resolución: **469/2008**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **LEONOR ANGELES CUENCA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

Sección 5ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016666

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-06/026458

A.p.ordinario L2 27/08

O.Judicial Origen: Jdo. 1ª Instancia nº 11 (Bilbao)

Autos de Pro.ordinario L2 847/06

|  
|  
|  
|

Recurrente: Pablo y Javier

Procurador/a: FRANCISCO DE BORJA FERNANDEZ LEKUONA y FRANCISCO DE BORJA FERNANDEZ LEKUONA

Abogado/a: FRANCISCO JAVIER ITUARTE LOPEZ y FRANCISCO JAVIER ITUARTE LOPEZ

Recurrido: C.P. DIRECCION000 NUM000 BILBAO

Procurador/a: MARIA LUISA ALONSO GIMENEZ BRETON

Abogado/a: ELVIRA JULIA DE VICENTE SANZ

**SENTENCIA Nº 469/08**

ILMAS. SRAS.

Dña. MARIA ELISABETH HUERTA SANCHEZ

Dña. LEONOR CUENCA GARCIA

Dña. MAGDALENA GARCIA LARRAGAN

En BILBAO, a treinta de setiembre de dos mil ocho

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.



Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO N° 847/06 seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia n° 11 de Bilbao y del que son partes como demandante, Pablo Y Javier , representados por el Procurador Sr. Fernández Lecuona y dirigidos por el Letrado Sr. Ituarte López y como demandado, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE DIRECCION000 N° NUM000 DE BILBAO representada por la Procuradora Sra. Alonso Giménez-Bretón y dirigida por la Letrada Sra. De Vicente Sanz, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª LEONOR CUENCA GARCIA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 27 de junio de 2007 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO Que apreciando la excepción de falta de legitimación activa, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Pablo y D. Javier , representados por el Procurador Sr. Fernández Lecuona y asistidos por el Letrado Sr. Ituarte contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE DIRECCION000 N° NUM000 DE BILBAO representada por la Procuradora Sra. Alonso y asistida por la Letrada Sra. De Vicente, debo absolver y absuelvo en la instancia a la demandada de los pedimentos contra ella dirigidos sin entrar a conocer el fondo del asunto. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Pablo y Javier y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación y emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Seguido este recurso por sus trámites se señaló el día 30 de setiembre de 2008 para la celebración de la vista, en la que tras la práctica de la prueba admitida en la instancia, la parte apelante interesó la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra en los términos indicados en el escrito de interposición del recurso de apelación, en cuyo contenido se ratificó.

La parte apelada solicitó la confirmación de la resolución recurrida con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, reiterando los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en su escrito de oposición al recurso.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, haciéndose constar que la duración de la grabación del CD correspondiente al trámite de audiencia previa es la de 34 minutos y 23 segundos y la del del acto juicio es la de 71 minutos y 46 segundos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, Pablo y Javier codemandantes en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar, se dicte otra por la que tras una adecuada valoración de la prueba practicada y aplicación del derecho:

a.- se declare, de conformidad con el **art. 476 LECn .**, su nulidad remitiendo las actuaciones a la Juzgadora de instancia para el dictado de nueva resolución sobre la cuestión de fondo debatida que no es otra que la nulidad de las Juntas de 16 de mayo y 6 de junio de 2006 por falta de convocatoria a esta parte en el tiempo y forma determinado por la **LPH**, ya que al apreciar la misma la falta de legitimación activa de esta parte por entender que no se encontraban al **corriente de pago** en cuanto miembros de la Comunidad demandada al ser titulares de alguno de los elementos privativos que la integran, resulta que tal no se les puede exigir cuando como en el presente caso no se impugnan como tal los acuerdos, sino que lo que se pretende es la nulidad radical de las Juntas por falta de convocatoria, en las que además no figura esta parte como morosa, estando al **corriente** de sus obligaciones en cuanto a los gastos ordinarios aprobándose en las Juntas nulas las derramas que se dicen impagadas.

b.- si se entendiera que no procede la nulidad con retroacción de las actuaciones, y que tras la desestimación de la apreciada falta de legitimación activa de esta parte, es la Sala quien debe valorar si concurre o no el motivo de nulidad de las Juntas aducido, es claro que el mismo existe en la medida en que la citación o convocatoria para las Juntas de autos en el domicilio de Madrid que era el habitual a los efectos de la notificación a que se refiere el **art. 9 n° 1 h) LPH** , llegó dos días tarde, el **18**, una vez celebrada la de fecha 16 de mayo de 2006, y la de 6 de junio de 2006 no llegó con tiempo insuficiente para que esta parte pudiera acudir, en concreto el día anterior, estando interesada en ello dado el tema que se iba a debatir, cual era la instalación del ascensor y las consecuencias de ello (derramas, obras, servidumbres, indemnización, en su caso,...). Ausencia de citación o convocatoria en forma, que vulnera lo dispuesto en el **art. 16 n° 3 LPH** y que determina la nulidad de las Juntas.



SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de Derecho precedente el análisis de lo ajustado a Derecho o no de la sentencia de instancia exige el estudio, en primer lugar, de si la estimación de la falta de legitimación activa por morosidad de los actores y en consecuencia, la desestimación de la demanda, sin analizar los acuerdos impugnados, es adecuada o no, pues únicamente si aquéllos, hoy apelantes, estuvieren legitimados deberíamos entrar a resolver sobre la cuestión de fondo debatida, sin necesidad de devolver las actuaciones a tal efecto al tener competencia la Sala para ello como consecuencia del carácter devolutivo del recurso de apelación.

A tal efecto debe considerarse en una primera reflexión que la **LPH** en distintos supuestos hace referencia para el ejercicio de determinados derechos de los propietarios a la necesidad de que éstos hayan cumplido con las obligaciones que la propia ley les impone, y entre ellas, la de haber contribuido conforme a su cuota de participación o a lo especialmente pactado, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble (**art. 9 nº 1 e) LPH**), y en concreto:

a.- en el **art. 15 nº 2 LPH**, al tratar el tema de la asistencia a Junta de los propietarios se dice " Los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontraren al **corriente** en el **pago** de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto".

b.- en el **art. 18 nº 2 LPH**, al tratar el tema de la legitimación para impugnar judicialmente los acuerdos de la Junta de los propietarios se dice " 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 del derecho de voto. 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. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios".

Siendo este último supuesto el que motiva la desestimación de la demanda en la instancia, respecto del cual esta Sala, entre otras, en su sentencia de 28 de noviembre de 2007 ha declarado lo siguiente: " La **exigencia** del antedicho precepto de **hallarse el comunero al corriente de pago** se refiere al momento de interposición de la demanda y en supuesto de consignación requiere que ésta se realice " previamente " a la interposición. El incumplimiento del requisito no es susceptible de subsanación siendo incluso apreciable de oficio una vez constatado, como esta Sala ha venido entendiendo ( así en sentencias de 21 de marzo y 9 de noviembre de 2005 y 19 de marzo de 2007 , en idéntico sentido SS AP de Cadiz de 25 de marzo de 2002 , de Alicante de 28 de enero de 2004 , de Tarragona de 15 de junio de 2004 , de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2006 , entre otras muchas ), ya que de él depende la legitimación para impugnar, lo que resulta ser diferente de la falta de acreditación o justificación documental de que el propietario esté al **corriente** en el **pago** si a la fecha de interposición de la demanda efectivamente lo estaba " Este criterio se reitera en la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007, y en las de otras Audiencias Provinciales, además de las citadas, como las de la A.P. de Las Palmas de 8 de marzo y 8 de noviembre de 2006 , o las de la A. P. Madrid Sec. 9ª de 30 de enero y 1 de junio de 2007 , entre otras. Criterio que mantiene no solo esta Sala en sus sentencias de 28 de noviembre de 2007 y 23 de enero de 2008 , entre otras, sino también otras Secciones de esta Audiencia, como la Sec. 3ª en su sentencia de 31 de marzo de 2008 .

Ello quiere decir que para que a un propietario se le reconozca, entre otros requisitos, la legitimación para impugnar un acuerdo y es ello lo que la realiza la parte actora en este proceso ( véase el suplico de su demanda), siendo indiferente a tal efecto el motivo por el que se impugne ya que su nulidad o no es la consecuencia de la impugnación, bien entendido que para un acuerdo sea válido es preciso que la Junta se celebre correctamente, esté bien convocada, y si no se cumple tal el acuerdo carecerá de validez siempre y cuando se impugne en la forma determinada por la **LPH ( art. 18 )**, pues mientras tanto mantiene su validez y el transcurso del tiempo sin impugnación da lugar a su subsanación.

Si ello es así, la parte actora ahora apelante, al impugnar los acuerdos adoptados en las Juntas de autos, que como tal no afectan al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 **LPH**, sino que se refiere a la instalación de un ascensor, su alcance y necesidad y por ello a la obligación o no de contribuir a las mismas, y las derramas oportunas, con adjudicación de presupuestos de obras, debe estar al **corriente de pago** al tiempo de interposición de la demanda, y ello aunque no figure en el mismo como moroso, pues tal solo determina que de ser así no pueda votar o que se condicione su posibilidad de impugnación no minándose sus derechos como copropietario por ello, antes al contrario tendrá alguno de los que de figurar como moroso se hubiera visto privado, e incluso, aunque el acuerdo impugnado sea el que motiva la deuda, por cuanto que como sabemos el **art. 18 nº 4 LPH** determina que la impugnación de un acuerdo no suspende su ejecución, salvo que el Juez así lo disponga, con carácter cautelar, a solicitud del



demandante oída la Comunidad; suspensión que si bien fue solicitada por la parte le fue denegada ( hecho no cuestionado en esta alzada), habiéndose devengado para el momento de presentación de la demanda, 14 de agosto de 2006, al menos las primeras derramas por el ascensor, lo cual no podían ignorar dado que como se deduce de su propia demanda, y como de manera certera se razona por la Juzgadora de instancia al valorar la prueba practicada, que en este punto se asume en evitación de inútiles reiteraciones, conocían los acuerdos de las Juntas impugnadas al notificárseles los mismos ( doc. nº 4 y ss demanda y nº 8 ), y por ello el sistema de contribución, siendo el primer plazo de **pago** de la derrama el día 15 de junio de 2006, sin que éste y ninguno de los posteriores hayan sido satisfechos no solo porque así se infiere de las oportunas certificaciones del administrador Sr. Gonzalo con el Vº Bº de la Presidente ( doc. nº 2 y 3 contestación, testifical, minuto 27,34 y ss Cd nº1), sino también porque quien se encarga de la gestión del patrimonio de la familia Raúl Javier Pablo , el Sr. Raúl , así lo admite en su interrogatorio en el acto de juicio ( minuto 17,35 y ss y 25,08 y ss Cd nº1), por lo que es claro que saben lo que deben pagar y que por ello al no hacerlo en el plazo previsto estamos ante deudas vencidas, y como tal lo estaban cuando se presenta la demanda, al margen de cualquier otra consideración sobre los gastos ordinarios.

Si ello es así, sin duda es ajustada a derecho la resolución de instancia cuando considera que al no estar al **corriente** de **pago** carecen de legitimación para impugnar los acuerdos de autos, por lo que lo expuesto, junto con lo razonado en la resolución recurrida, determina sin necesidad de analizar los demás motivos de discrepancia del recurso su desestimación y con ello la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso procede su imposición a la parte apelante, sin que se aprecie la temeridad que denuncia la parte apelada, ( **art.** 398 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

#### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Fernández Lecuona, en nombre y representación Pablo y Javier , contra la sentencia dictada el día 27 de junio de 2007 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao, en los autos de Juicio Ordinario nº 847/06 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.