



Roj: **SAP MA 1563/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:1563**

Id Cendoj: **29067370042017100508**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **10/07/2017**

Nº de Recurso: **1116/2015**

Nº de Resolución: **457/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA

Sección 4ª

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JOAQUÍN DELGADO BAENA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ

Dª MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ

ROLLO DE APELACIÓN Nº 1116/2015

JUZGADO DE PROCEDENCIA: PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE MÁLAGA

JUICIO ORDINARIO Nº 305/2014

SENTENCIA Nº 457/2017

En la ciudad de Málaga a diez de julio dos mil diecisiete.

Visto, por la Sección 4ª de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juzgado de referencia en los autos con número 305/2104 y los acumulados 1316/2014. Interponen recurso D. Leoncio y D. Roque , que comparecen en esta alzada representados por la Procuradora Dª Noemí Lara Cruz y asistidos por la Letrada Dª Carmen Mª Sáenz Rodríguez. Comparece como apelada "COMUNIDAD DE **PROPIETARIOS** ALAMEDA000 Nº NUM000 " de Málaga, representada por la Procuradora Dª Victoria Morenta Cebrián y asistida del Letrado D. Miguel Aguilar Aguilar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 20 de julio de 2015, en cuya parte dispositiva se acuerda: "*Desestimando la demanda interpuesta por la procuradora doña Noemí Lara Cruz, en nombre y representación de instancia de don Leoncio y don Leoncio , frente a la Comunidad de **propietarios** ALAMEDA000 número NUM000 , de esta ciudad, debo dictar sentencia con los pronunciamientos siguientes:*

*1º) Liberar a la Comunidad de **propietarios** ALAMEDA000 número NUM000 , de esta ciudad de los pedimentos formulados en su contra.*

2º) Imponer a los demandantes las costas procesales devengadas "

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 3 de julio de 2017.



TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada resuelve sobre los procedimientos impugnatorios de sendas **juntas de propietarios** celebradas, respectivamente, el 19 de noviembre de 2013 y el 15 de mayo de 2014 , a las que se acumulaba también la pretensión de que se declare la modificación de la distribución de gastos entre los pisos y locales integrantes de la Comunidad de **Propietarios** de la calle ALAMEDA000 NUM000 , "atendiendo a su individualización", pretensión ésta que responde al interés de los demandantes consistente en que se instalen contadores de agua individuales y que no se asignen al local de su propiedad los gastos de consumo de agua de todo el edificio, la limpieza del portal y las escaleras, el mantenimiento del ascensor y el consumo de electricidad del portal y escaleras, puesto que no tienen acceso al edificio, teniendo entrada propia e independiente.

La nulidad de la primera de las **juntas** se desestima en la sentencia apelada considerando que la certificación de que en el Servicio de Correos se depositó la carta que contenía la citación de D. Leoncio y D. Roque es acreditativa de la citación porque prueba la remisión y no consta que se devolviese y que, en cualquier caso, en la segunda de las **juntas** se debatió nuevamente la pretensión de los referidos demandantes, ratificando los comuneros lo acordado en la **junta** anterior, acuerdo éste que no puede anularse por ser contrario a la ley o haber sido adoptado con abuso de derecho, puesto que un comunero no puede imponer su voluntad a la mayoría.

La representación de los señores Leoncio Roque interpone recurso de apelación, en el que se reproducen sus pretensiones, aduciendo los siguientes motivos de impugnación de la sentencia:

Es incongruente porque no se pronuncia sobre la pretensión de anulación de la **junta** de 15 de mayo de 2014 al haberse convocado con engaño en cuanto al orden del día, ni sobre la impugnación de lo acordado sobre el punto tercero del orden del día de la **junta** de 19 de noviembre de 2013, en el que se rechaza la propuesta de individualizar los contadores de agua.

Incorre en error en la valoración de la prueba documental consistente en el certificado de la empresa CANIVET según el cual retiró una carta que contenía la citación para la **Junta de Propietarios** de los apelantes y que fue depositada en el Servicio de Correos. Según este certificado la carta se depositó el 13 de noviembre de 2013, justo seis días antes de la celebración de la **Junta**, por lo que es imposible que les llegara el mismo día, incumpliendo, por ende, el plazo previsto en el art. 16.3 de la LPH , y viene a trasladarse la carga de la prueba de que no fue entregada a los comuneros que han de ser citados.

Siendo nula de pleno derecho la primera **junta** por falta de citación no es subsanable por la celebración de la **Junta** posterior convocada con los mismos puntos del día, pero con engaño, porque la letrada de los apelantes había sido convocada a una reunión para llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de los apelantes antes de que la Comunidad demandada contestara a la demanda, y se encontró con que se trataba de una convocatoria de **Junta de Propietarios** para convalidar la falta de citación a la anterior. Invoca como prueba las manifestaciones de la referida letrada que constan en el acta de la **junta** y considera vulnerado también el art. 16.2 de la LPH .

Los acuerdos adoptados, en cualquier caso, son contrarios a la ley porque "no se ajustan a la razón y al sentido común, sino que se apartan sustancialmente de los principios de justicia material y equidad" conculcando lo establecido en el art. 9.1.e de la LPH porque no deben distribuirse conforme a la cuota de participación establecida en el título los gastos susceptibles de individualización, incluyéndose en lo que se paga por gastos de la comunidad partidas que no pueden considerarse gastos generales como el consumo de agua de cada vivienda o local.

Los acuerdos incurren en abuso de derecho porque se rechaza la pretensión de individualización de los gastos de agua por su elevado coste sin otra justificación, no constando presupuesto alguno; y sostiene el mismo argumento en lo que se refiere los gastos de mantenimiento.

Incorre en error al considerar que se pretende la modificación de la cuota de participación, cuando lo que realmente lo que se sostiene es que no son gastos generales los susceptibles de individualización.

La Comunidad de **Propietarios** apelada se opone al recurso haciendo hincapié en que la jurisprudencia contempla con un criterio flexible los requisitos de la citación a la **Junta de Propietarios**, no exigiendo forma especial y siempre que se trate del sistema habitual sin queja o protesta de los integrantes de la comunidad,



por lo que la convocatoria de la primera **Junta** no es nula, ni la segunda responde a la intención de convalidar lo acordado, porque no concurre defecto alguno, careciendo de base legal la impugnación por engaño en la convocatoria de esta segunda **Junta**, así como la de abuso de derecho en lo acordado, porque los apelantes conocían la ausencia de cláusula de exoneración de gastos en el título constitutivo. Añade que la Comunidad, por su antigüedad, dispone de un sistema de distribución de agua potable con un único contador y con una única canalización, por lo que la instalación de otro sistema de distribución y la instalación de contadores individuales conlleva un coste considerable, y que el título establece la contribución al resto de los gastos generales con arreglo a la cuota de participación, señalando que si se atiende a los metros cuadrados de vivienda y del local, la participación por metro cuadrado de vivienda es superior a la del local, por lo que ya se tuvo en cuenta el mayor uso de las viviendas, y que se les está permitiendo la individualización del consumo de agua a través de la instalación por su cuenta de un contador de agua exclusivamente para el local comercial.

SEGUNDO .- La cuestión de la citación a la **Junta** de General de **Propietarios** celebrada el 19 de noviembre de 2013 ha de resolverse a la luz de la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo núm. 706/2003 de 10 julio (RJ 2003\4625), de la que se desprende, en lo que se refiere a la carga de la prueba, que si por un comunero se niega haber recibido la citación, incumbe a dicha Comunidad la carga de la prueba de que la misma se efectuó, porque la alegación de falta de citación implica un hecho negativo, que, al no poder ser probado mediante un hecho positivo del mismo significado, produce el efecto de desplazar el «onus probandi» a la parte que sostiene que la citación ha tenido lugar.

Ello responde tanto a una doctrina general respecto de los hechos negativos, como en particular en relación con la citación para las **Juntas** de **Propietarios**, invocando el Tribunal Supremo su sentencia de 30 abril 1992 .

La sentencia apelada no conculca esta doctrina jurisprudencial, a pesar de que en el recurso se le achaque el desplazamiento de la carga de la prueba, puesto que lo que viene a concluirse es que se considera suficientemente acreditada la realización de la misma con la certificación de la empresa que retiró las cartas dirigidas a los comuneros de que fue depositada en el servicio de correos la dirigida a los apelantes; lo que, como en el caso que se contempla en la referida sentencia del Tribunal Supremo, nos lleva, no a las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, sino a sí la prueba ha sido correctamente valorada para alcanzar la conclusión de que la citación fue correctamente realizada; y lo cierto es que en esa misma resolución el Tribunal Supremo acomoda su doctrina sobre la flexibilidad y antiformalismo en la consideración de los requisitos para la convocatoria a las **juntas** de **propietarios** a las circunstancias concretas en las que se realicen las citaciones, como en este caso, mediante correo ordinario, ratificando que se pueda considerar acreditado haber tenido lugar la citación, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o el correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias y entre ellas la de ser el correo ordinario el sistema habitual seguido en la Comunidad sin queja o protesta de sus integrantes; pero no es irrazonable, añade el Tribunal Supremo *"sino más bien todo lo contrario, exigir se asegure el acreditamiento de la efectividad de la citación cuando concurre una situación conflictiva"*, siendo este el caso, puesto que la inclusión en el orden del día de la referida **Junta** General de **Propietarios** del tema relativo a la instalación de contadores individuales y exención del local propiedad de los apelantes de alguno de los gastos comunes responde, obviamente, al interés de dichos comuneros y a que la Comunidad no accedía a sus pretensiones, que como mínimo se habían trasladado a la presidencia en mayo de 2012, tal y como resulta de la carta remitida a la misma que se presenta con la demanda y de la respuesta que se ofrece por D^a Lucía en febrero de 2013.

Es oportuna a efectos de impugnación de la valoración probatoria de la sentencia apelada, además, la argumentación de la representación de los apelantes relativa a que la certificación de la empresa CANYVER S.C. acreditaría sólo el depósito en el servicio de correos de la carta ordinaria el sexto día natural anterior a la convocatoria, lo que le resta de manera evidente valor probatorio para su consideración como prueba de una citación válida, puesto que supone una mera remisión de las citaciones al límite del plazo establecido en el art. 16.3 de la LPH , con nulas posibilidades de que la carta llegara a poder de los comuneros dentro de plazo (ese mismo día) y siendo muy probable que ni siquiera se recibiese antes de la celebración de la **Junta**, por lo que no podemos ratificar la conclusión de que la citación fue correctamente realizada, considerando esta circunstancia en conjunción, como se ha dicho, con la especial exigibilidad de la prueba de la recepción que comportaba la situación conflictiva planteada por los comuneros apelantes.

Ello comporta necesariamente la nulidad de la **Junta** General Ordinaria celebrada y de los acuerdos adoptados, en línea con lo que resuelve el Tribunal Supremo en la sentencia que venimos citando, sin que quepa considerarla convalidada por el hecho de que se convocase la **Junta** General posterior, de fecha 15 de mayo de 2014 con inclusión en el orden del día de los mismos temas, puesto que ello afectaría al interés jurídico de la pretensiones impugnatorias, cuestión ésta que se abordará oportunamente, pero en modo alguno tiene efectos convalidantes de los defectos de la convocatoria anterior que impiden considerar acreditado que se



garantizó a los comuneros apelantes la oportunidad de participar en la **Junta** General en la que se decidiría sobre los asuntos del orden del día de su interés.

El recurso de apelación ha de estimarse, por tanto, en lo que se refiere a la nulidad de dicha **Junta** General Ordinaria de 19 de noviembre de 2013 por falta de citación a los Sres. Roque Leoncio .

TERCERO .- Distinta suerte merece la impugnación de la **Junta** General celebrada el 15 de mayo de 2014, puesto que constando la asistencia y participación en la misma de los apelantes, representados por D^a Carmen Sáenz Rodríguez, y reconociéndose en la demanda acumulada que, aunque fuese en el mismo día de la **Junta**, recibieron la convocatoria, ha de considerarse convalidado cualquier defecto formal en que incurriese la convocatoria, teniendo en cuenta que la referida letrada no se limitó a formular protesta por la forma en que habían sido convocados los comuneros, sino que, según el acta de la reunión, participó activamente planteando las pretensiones de éstos sobre la exención de determinados gastos generales, votando a favor de la propuesta, en sentido contrario, por tanto, al voto del resto de los comuneros, por lo que se considera rechazada por mayoría.

La convocatoria, por otra parte, no adolece de defecto formal ni puede considerarse engañosa, puesto que los puntos abordados en la **Junta de Propietarios** se corresponden con el orden del día efectivamente tratado en la misma.

CUARTO .- Toca abordar, por tanto, la acción impugnatoria de los acuerdos adoptados en dicha **Junta**, relativos al tema litigioso que nos ocupa, que se deduce en la demanda acumulada presentada el 1 de septiembre de 2014, pero que se enlaza con la acción declarativa, planteada en la demanda de 19 de febrero de 2014, de que se declare la modificación de la distribución de gastos de los pisos y locales integrantes de la comunidad de **propietarios** atendiendo a su individualización.

Sostienen los apelantes que esta acción declarativa no supone una pretensión de modificación del título constitutivo, pero no es cierto, porque dicha pretensión no se proyecta sólo sobre el presupuesto de gastos para el año 2014, aprobado en la **Junta** General de 19 de noviembre de 2013, ni se ciñe a discriminar entre unos gastos y otros incluidos en el mismo, sino que lo que se pretende es el establecimiento de una norma general vinculante para la Comunidad y aplicable a todo presupuesto que se apruebe en el futuro y que derogue implícitamente la normativa estatutaria que establece la participación en los gastos generales del edificio con arreglo a la cuota de participación sin exención alguna que favorezca al local del que son **propietarios**, de modo que la declaración judicial que pretenden tendría el mismo efecto que una norma estatutaria.

En consecuencia, tal y como se establece en la sentencia apelada, ha de estarse al régimen de unanimidad exigible para la modificación del título constitutivo con arreglo a los artículos 5^º y 17.3 de la LPH , y así lo confirma el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 85/2012, de 20 febrero (RJ 2012\4041), citada en la sentencia apelada, señalando que la de 29 de mayo de 2009 [RC n.º 720/2004 (RJ 2009, 4222)] ya había declarado como doctrina jurisprudencial que « [p]ara la procedencia de la consideración legal como individualizables de determinados gastos comunes de una comunidad de **propietarios**, es necesaria la determinación de su exclusión en el Título Constitutivo, o, en su caso, en los Estatutos comunitarios, y, asimismo, mediante acuerdo de la **Junta de Propietarios** adoptado por unanimidad ».

Bastaría con ello para desestimar el recurso de apelación en lo que se refiere a esta pretensión y ratificar la consideración de la sentencia apelada de que la declaración judicial que se interesa responde a la pretensión de imponer la voluntad de los apelantes a la del resto de los comuneros, sin que tenga cabida invocación alguna de la doctrina del abuso de derecho, puesto que, como ratifica la sentencia del Tribunal Supremo 720/2015 de 29 diciembre , se conjugan en este caso dos principios básicos del régimen jurídico de la propiedad horizontal, como son que, como regla general, los gastos comunes se distribuyen conforme a la cuota de participación establecida en el título, y que, con arreglo al carácter prevalente de la autonomía de la voluntad de los comuneros, el título puede ser modificado para establecer otro sistema de distribución, pero siempre que concurra la unanimidad de los comuneros. Concretamente señala el Tribunal Supremo que la propiedad horizontal, según el artículo 396 del Código Civil , se rige por las disposiciones especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados; voluntad de los interesados también respetada en la Ley Especial de 21 de julio de 1960, cuyo artículo 9º, párrafo 5º - hoy 9.1 e) pero con el mismo contenido- , fija como obligación de cada **propietario** «contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, o a lo especialmente establecido a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble», y cita la sentencia de 28 de diciembre 1984 para decir, en aras a esa voluntad de los interesados, que: « *La propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal prevé que la Ley admite que por obra de la voluntad se especifiquen completan y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley, de ahí que la formulación de Estatutos no resultara indispensable, si bien podrán estos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal*



adecuada a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones y también cabe modificar en los Estatutos el sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución, pero que puede modificarse con la observancia de los requisitos legales establecidos en la normativa del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal », pronunciándose en el mismo sentido las sentencias de 2 de marzo de 1989 , 2 de febrero de 1991 y 14 de diciembre de 2005 .

No obstante, con objeto de precisar aún más la respuesta a la impugnación de la sentencia apelada que se sostiene por los apelantes, distinguiremos los gastos de consumo de agua de todo el edificio, la limpieza del portal y las escaleras, el mantenimiento del ascensor y el consumo de electricidad del portal y escaleras, de los que pretenden eximirse estos comuneros con el argumento de que como no tienen acceso al edificio, porque tienen entrada propia e independiente, no deben considerarse gastos generales, sino propios de los pisos; argumento que es insostenible puesto que gastos generales son todos aquellos que no atañen particularmente a cada inmueble privativo, sino a los elementos comunes del edificio, como es el caso de las partidas de gastos referidas, de manera que, en lo que a dicha partidas respecta, la pretensión no puede prosperar, con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, que no necesita de otras consideraciones adicionales y que, por ende, es correcta y oportunamente aplicada en la sentencia apelada.

En lo que atañe al suministro de agua potable a cada inmueble horizontal, sea piso o local, sí constituye por su naturaleza un gasto individualizable, pero coinciden las partes en que no lo es en la configuración del edificio de la Comunidad de **Propietarios** de la que forman parte, porque dispone de una sola canalización y un único contador, de manera que la pretensión de los apelantes entraña la realización de obras de modificación de la instalación original del edificio, habiendo de considerarse sujeta, por ende, al mismo régimen de primacía de la autonomía de la voluntad y, por tanto, que concurra el acuerdo unánime de los copropietarios, de manera que sólo podría considerarse incurso el acuerdo contrario en abuso de derecho si supusiese la mera insistencia en el mantenimiento del status quo porque perjudicase al local en beneficio del resto de los inmuebles, pero el caso es que en el acuerdo impugnado se autoriza a los apelantes para que, a su costa, asuman las obras de individualización de su acometida e instalación del contador propio, eximiéndole entonces de contribuir, con arreglo a su cuota de participación, en la partida de consumo de agua, por lo que ha de ratificarse la conclusión de la sentencia apelada de que no concurre ninguna circunstancia que permita impetrar el auxilio judicial para decretar la inaplicación del régimen resultante del título constitutivo y, procede, por tanto la desestimación, por tanto, de esta pretensión.

QUINTO .- En cuanto a las costas de la primera instancia, cada parte asumirá las suyas en lo que se refiere a las causadas en los autos 305/2014, conforme al art. 394.2 de la LEC , al estimarse parcialmente la misma; mientras que las que sean exclusivamente achacables a los autos 1316/2014 se imponen a los demandantes D. Leoncio y D. Roque , con arreglo al apartado primero del mismo artículo, al ser íntegramente desestimada.

No se imponen las costas del recurso, con arreglo al art. 398.2 de la LEC , y de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, procede acordar la devolución del depósito constituido por la recurrente.

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

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Leoncio y D. Roque revocamos y dejamos sin efecto la sentencia de fecha 20 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº Quince de Málaga en lo que concierne a la desestimación de la acción de nulidad de la **Junta** General Ordinaria de la Comunidad de **Propietarios** de Calle ALAMEDA000 nº NUM000 de Málaga celebrada el 19 de noviembre de 2013 y al pronunciamiento sobre costas en lo que atañe a los autos 305/2014; y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda presentada por los apelantes, se declara la nulidad de dicha **Junta** General Ordinaria por falta de citación de los mismos y, como consecuencia de ello, la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma.

Se ratifica la sentencia apelada en lo que se refiere a la desestimación de la pretensión de que se declare la modificación de la distribución de gastos de los pisos y locales integrantes de la comunidad atendiendo a su individualización y a la íntegra desestimación de la demanda interpuesta por los mismos apelantes, origen de los autos 1316/2014, acumulados a los primeros.

Cada parte asumirá sus costas de la primera instancia en lo que concierne a los autos 305/2014 y se imponen a D. Leoncio y D. Roque las causadas exclusivamente en los autos 1316/2014 hasta su acumulación.

No se imponen las causadas con el recurso de apelación y devuélvase el depósito constituido para recurrir.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ