



Roj: **SAP M 5594/2010 - ECLI:ES:APM:2010:5594**

Id Cendoj: **28079370112010100238**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **26/04/2010**

Nº de Recurso: **98/2009**

Nº de Resolución: **303/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11

MADRID

SENTENCIA: 00303/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION UNDECIMA

SENTENCIA Nº

Rollo: RECURSO DE APELACION 98 /2009

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

D. CESAREO DURO VENTURA

D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En MADRID, a veintiséis de abril de dos mil diez.

La Sección 11 de la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1490/2007 del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 68 de MADRID seguido entre partes, de una como apelante D. Artemio y D^a María , representados por el Procurador Sr. Melchor de Oruña, y de otra, como apelada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA C/ DIRECCION000 NUM000 , representada por el Procurador Sr. Arana Moro, sobre impugnación acuerdos comunidad de propietarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 68 de MADRID, por el mismo se dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2008, cuya parte dispositiva dice: "Desestimando la demanda presentada por D. Artemio y D^a María , representado/a en autos por el/la procurador/a Sr. MELCHOR DE ORUÑA, contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN ESTA CAPITAL DIRECCION000 N^o NUM000 , representado/a en autos por el/la Procurador/a Sr. ARANA MORO y con desestimación de la excepción de caducidad opuesta en la contestación a la demanda, entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos en su contra vertidos en el escrito de demanda y todo ello con imposición de costas a la parte actora.". Notificada dicha resolución a las partes, por D. Artemio y D^a María se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimaron pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que se opuso e impugno. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 15 de abril de 2010, en que ha tenido lugar lo acordado.



TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. CESAREO DURO VENTURA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Mediante la demanda origen del presente procedimiento la actora ejercita una acción de nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios de la DIRECCION000 , de Madrid, en fecha 18 de junio de 2007, no habiendo comparecido los actores como propietarios del piso NUM001 a dicha Junta respecto de la que habrían no obstante manifestado su oposición al ser notificados; se solicita la nulidad respecto de los acuerdos que excluyen a los propietarios de los locales y bajos de los gastos de instalación, mantenimiento y conservación del ascensor; del acuerdo que distribuye los gastos de la Comunidad de manera diferente a los coeficientes de participación; y del acuerdo que autoriza a la propietaria del piso NUM002 , previo pago de 1.800 euros, a hacer suya una parte del pasillo de distribución de las buhardillas mediante la construcción de un tabique en el pasillo comunitario. En todos los casos se alega que tales acuerdos requerirían la **unanimidad** de los propietarios, lo que no se habría logrado, expresando las normas y jurisprudencia en que sustenta su postura.

La Comunidad de Propietarios demandada se opone a la demanda alegando en primer lugar la excepción de caducidad de la acción por transcurso del plazo de tres meses que prevé el artículo 17.1 de la LPH; en cuanto al fondo del asunto se expresa que el acuerdo de adjudicación de una parte del pasillo a la propietaria del piso NUM002 , afecta a una mínima superficie sólo útil para acceder a esa propiedad, se habría establecido un precio adecuado, y además el acuerdo se habría adoptado por **unanimidad** habida cuenta de que votaron a favor del mismo todos los presentes, los ausentes con derecho a voto no se habrían opuesto en el plazo legal, y los actores opuestos no tendrían derecho a voto dada la deuda que tenían con la Comunidad a la fecha de celebración de la Junta, ya que habrían abonado tal deuda el con posterioridad a la misma, lo que no rehabilita el derecho a votar; en cuanto a los gastos de mantenimiento del ascensor se expresa que basta para la instalación la aprobación por las tres quintas partes de los propietarios, por lo que no otra cosa puede predicarse del acuerdo sobre gastos de mantenimiento, insistiendo en que el acuerdo se habría adoptado por **unanimidad**; y respecto de la distribución de gastos se alega que existen gastos de cuota idéntica para todos los propietarios, lo que vendría aplicándose en los años anteriores sin controversia alguna, y otros gastos de los que estarían excluidos algunos propietarios de acuerdo a los Estatutos.

El juez de instancia dicta sentencia en la que en primer lugar desestima la excepción de caducidad de la acción; en cuanto al fondo del asunto concluye el juzgador que en el presente supuesto los acuerdos fueron alcanzados por **unanimidad**, y ello por votar a favor todos los presentes, no impugnar los acuerdos los ausentes, y por estar privados los actores de su derecho a voto en aquella junta por su situación de morosidad. Desde esta consideración se aborda cada uno de los acuerdos impugnados, desestimándose la impugnación de todos ellos y desestimándose por ello la demanda con imposición a la parte actora de las costas causadas.

Recorre la demandante esta resolución. El recurso se sustenta en la alegación de haberse infringido en la sentencia los artículos 15.2 y 16.2 de la LPH, al no obrar en la convocatoria de la junta la relación de propietarios **morosos** ni la advertencia de la privación del derecho de voto; en segundo lugar se alega la infracción del artículo 17.1 LPH, sobre la base de que la privación del derecho a voto se prevé en la ley en cuanto a la obtención de mayorías, no respecto de la **unanimidad**, como resultaría del propio texto legal, pues de otro modo debería aceptar ineludiblemente un cambio de los Estatutos o del título constitutivo; en tercer lugar se alega la infracción del artículo 18.2 de la LPH, toda vez que la obligación de estar el comunero al corriente de pago sería un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de impugnación, pero no impediría que el comunero pudiera oponerse a la voluntad de los demás; se alega en cuarto lugar que el juez habría confundido los acuerdos que precisan **unanimidad** o son contrarios a la ley o a los estatutos, con aquellos que simplemente pueden resultar lesivos para los intereses de la Comunidad, en cuanto a la cesión de parte del pasillo de la Comunidad; por último se alega arbitrariedad en la apreciación de la prueba, dado el valor dado por el juez al testimonio del Presidente de la Comunidad o del Administrador de la misma.

La demandada se opone a cada uno de los motivos de recurso anteriormente expuestos, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se sustenta en la alegación de haberse infringido los artículos 15.2 y 16.2 de la LPH, al no obrar en la convocatoria de la junta la relación de propietarios **morosos** ni la advertencia de la privación del derecho de voto.



Ha de convenirse con la apelada que tal cuestión es introducida de forma novedosa en la alzada, pues no se alegaba en la demanda en forma alguna, ni en el relato de sus hechos ni en la fundamentación jurídica de la misma.

Al respecto hemos de recordar que esta misma Audiencia, sec. 12ª, en sentencia de 16-9-2009, expresa:

"Tal alegación supone un hecho nuevo que se pretende introducir extemporáneamente en el procedimiento, ya que ni en la contestación a la demanda, que sería el momento procesal oportuno para efectuar tal tipo de alegación (artículo 399 y 412, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni tan siquiera en la audiencia previa - si bien aún en tal caso tal alegación hubiese sido ya extemporánea, ya que no se trata de un hecho complementario, sino simplemente de un hecho que pudo y debió alegarse al contestar la demanda, ya que tal alegación se sustenta en documentos aportados con la demanda-, pues bien, como se indicaba, en ninguno de dichos momentos procesales se objetó el hecho....

Por tanto, tal alegación debe ser desestimada, ya que como ya indicó la STS de 08-10-1976: "la demanda y contestación han de delimitar el marco, dentro del cual en lo sustancial se ha de desenvolver la litis" (en similar sentido STS de 09-05-1989 entre otras), doctrina que en modo alguno se ha visto modificada por la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, al contrario, el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece expresamente que la demanda y contestación determinan el objeto del proceso y las partes "no podrán alterarlo posteriormente", por su parte el artículo 426.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite alegaciones complementarias que no alteren lo sustancial de las pretensiones, ni de sus fundamentos, lo cual obviamente impide alegar en tal momento cuestiones que, por ser fundamento de la oposición a la pretensión del actor, debieron alegarse en la contestación, y por su parte el artículo 433.3 Ley de Enjuiciamiento Civil establece expresamente la imposibilidad de modificar en las conclusiones finales los términos sobre los que el debate se ha desarrollado, cabiendo añadir además que en lo que se refiere al recurso de apelación, el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que el recurso de apelación deberá desenvolverse con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, por todo lo cual es claro que a través del recurso de apelación no pueden introducirse en el proceso hechos que no fueron oportunamente alegados. La cuestión no es un mero formulismo, ya que de admitirse la alegación de hechos nuevos, se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, puesto que se privaría a la otra parte de la posibilidad de alegar oportunamente lo que estimase conducente a su derecho en relación con tales hechos, y sobre todo se privaría a dicha parte de la posibilidad de proponer la correspondiente prueba para desvirtuar tales alegaciones".

Por lo demás no se está en el supuesto ante una situación de impago sujeta a controversia alguna, o de una pequeña cantidad discutida por la parte, sino ante una deuda de más de seis mil euros, más de la mitad del presupuesto anual de la Comunidad, de modo que se está ante un impago notorio, reiterado y mantenido en el tiempo, y que sólo se satisface ante la necesidad de la interposición de la presente demanda, inviable en otro caso, de modo que no hay motivo alguno para estimar que la ausencia de notificación en la convocatoria de la condición de **moroso** del propietario y su privación del derecho a voto haya supuesto merma alguna para el mismo que decidió no asistir a la Junta cuyos acuerdos ahora impugna sobre la base precisamente de requerir los mismos una **unanimidad** que niega existente por motivos que abordaremos a continuación.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso alega la infracción del artículo 17.1 LPH, sobre la base de que la privación del derecho a voto se prevé en la ley en cuanto a la obtención de mayorías, no respecto de la **unanimidad**.

Esta es en verdad la verdadera cuestión nuclear de la discusión, cuestión jurídica sobre la que ciertamente existen sentencias en ocasiones contradictorias en las Audiencias.

Estimamos no obstante que el juzgador ha dictado una sentencia adecuadamente motivada manteniendo que en definitiva que la **unanimidad** no es sino la máxima mayoría posible, y que por tanto la privación del derecho de voto a un comunero por su situación de morosidad hace que no se compute el mismo a la hora de estimar la situación de la votación.

Esta tesis se mantiene por ejemplo por la Audiencia Provincial de Segovia, sec. 1ª, S 13-7-2006:

"Debidamente probado en el sentido expuesto en el segundo fundamento de derecho el hecho de la falta del pago en el momento de celebrarse la Junta, puesto que así lo reconoce la parte actora en su escrito de demanda, se podía denegar al demandante, Salvador su derecho de voto , sin que el hecho de que el acuerdo se refiriese a la aprobación de los Estatutos que requería la **unanimidad** constituya obstáculo alguno puesto que para lograr esta última basta con el voto favorable de todos los miembros de la Comunidad que por estar al corriente en el pago de las deudas pueden ejercitar válidamente su derecho de voto . Puede excluirse de la referida **unanimidad** la necesidad del voto favorable del propietario **moroso** porque a este se le deniega su



derecho de voto a todos los efectos legales, incluidos los acuerdos que exijan la **unanimidad** ya que en este caso un **moroso** podría con el impago de las deudas con la comunidad establecer la imposibilidad de adoptar acuerdos en determinados casos importantes para la comunidad, cuando la interpretación de la exigencia de la **unanimidad** debe ser lo más extensiva para que la comunidad pueda funcionar. Sería absurdo que se quisiera modificar el título constitutivo o los estatutos y que ello no fuera posible porque alguien no estuviera al corriente de sus deudas con la comunidad."

Es verdad como decimos que otras sentencias han mantenido que la norma no podría aplicarse a las cuestiones cuya aprobación requiere la **unanimidad** porque la situación de morosidad no priva sino del derecho a votar y el comunero mantiene todos sus demás derechos no pudiéndose verse obligado a la alteración del título constitutivo o de los Estatutos por el hecho de su impago.

Estimamos no obstante que la interpretación más acertada es la que mantiene el juez de instancia, y la que mejor se acomoda a una interpretación sistemática de las normas de la Ley, y a su espíritu; de un lado la tesis contraria aun partiendo de la privación del derecho a voto, que es incontrovertido, discrepa de las consecuencias de modo que tal privación no habría de dar lugar a la falta de cómputo del **moroso** para la decisión de las cuestiones que requieren **unanimidad**. Desde esta perspectiva estimamos que la privación del derecho a votar en la Junta debe llevar indisolublemente unida la exclusión del comunero en el cómputo de las mayorías necesarias, pues ello es una parte negativa del derecho, esto es, no se puede impedir votar, y al tiempo computar al comunero; sólo así el sistema permite su funcionamiento pues de otro modo la sanción de la privación del derecho a votar sería inocua si por computarse la cuota del comunero privado del derecho se impidiera la adopción en forma de un acuerdo. Desde luego la ley no establece dos supuestos en los que la falta de cómputo del comunero tenga lugar, una para los acuerdos por mayoría y otra para aquellos que requieran **unanimidad**, a los que con mayor razón ha de anudarse esta consecuencia.

De otro lado si cual aquí ocurre se aborda un acuerdo que necesita la **unanimidad** de los comuneros indudablemente puede alguno de ellos oponerse e impedir la válida adopción del acuerdo aun cuando todos los demás estén conformes en la modificación, pero carece de sentido desde la perspectiva del adecuado funcionamiento de la Comunidad, que ha de basarse en la buena fe y en la asunción de los gastos comunes, que un comunero **moroso** que está perjudicando gravemente a la Comunidad con su desleal conducta, sin asistir siquiera a la Junta, pueda impedir la formación de la voluntad común paralizando cualquier modificación que necesite la **unanimidad** de los votos por una interpretación que implique que el mismo ha de ser computado para la adopción del acuerdo, esto es, que lo trate en definitiva simplemente como un comunero ausente pero no **moroso**, cuando lo es.

El motivo por ello ha de desestimarse.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso se centra en la infracción del artículo 18.2 de la LPH, toda vez que la obligación de estar el comunero al corriente de pago sería un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de impugnación, pero no impediría que el comunero pudiera oponerse a la voluntad de los demás.

Tampoco este motivo puede prosperar como motivo de impugnación de la sentencia.

Como señala la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 4ª, S 19-6-2006:

"En el caso del propietario que haya sido ilegítimamente privado del derecho de voto en la junta de propietarios, puede impugnar los acuerdos adoptados, debiendo tenerse en cuenta que el único supuesto de privación de voto que contempla la Ley de Propiedad Horizontal es el del propietario que no se halla al corriente del pago de las deudas comunes y que, al tiempo de asistir a la Junta no las ha impugnado o no las ha consignado judicial o notarialmente (art. 15.2 LPH). Desde otra perspectiva, puede afirmarse que constituye presupuesto de legitimación activa de la actora en orden a impugnar los acuerdos válidamente adoptados en una junta de propietarios de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, ex art. 18.2º de la Ley de Propiedad Horizontal, la inexistencia de deudas del comunero con la comunidad. A tenor del mencionado precepto, «para impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios, 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». La finalidad de esta norma es evitar que el propietario **moroso** pueda ejercitar sus derechos en una comunidad frente a la que no cumple sus obligaciones. La propia dicción del precepto, en tanto que contempla un momento estático y no dinámico para impugnar y proceder previamente, conlleva que dicho presupuesto, contemplado desde la perspectiva estrictamente procesal, en tanto que afecta al derecho de acción de la parte, deba cumplirse en el momento de interposición de la demanda y no, v.gr., con posterioridad a lo largo de todo el proceso."

En definitiva una cosa es la necesidad de estar el comunero al corriente de pago para proceder a la impugnación de la Junta de propietarios, lo que se ha cumplido en el presente caso, y otra bien distinta es la consecuencia



exitosa de la acción, lo que dependerá de las circunstancias del caso concreto que se enjuicie y en este supuesto ya hemos argumentado sobre la regla de la **unanimidad** y su interpretación.

QUINTO.- Se alega en cuarto lugar que el juez habría confundido los acuerdos que precisan **unanimidad** o son contrarios a la ley o a los estatutos, con aquellos que simplemente pueden resultar lesivos para los intereses de la Comunidad, ello en relación con el acuerdo por el que se atribuye a la propietaria del piso 5º de una parte del pasillo comunitario.

El motivo no saca conclusión alguna de la alegación en que se funda, no observando la Sala la confusión que se denuncia.

La desafección como elemento común de una pequeña parte del pasillo de distribución de las buhardillas a cambio de un precio pactado por la Comunidad, no causa perjuicio alguno que ni siquiera se alega, dada la situación y utilidad del pasillo de referencia, estándose eso sí ante una actuación que requiere **unanimidad**, extremo que se contesta en los anteriores fundamentos en los que se ha argumentado sobre la obtención de dicha **unanimidad** de forma válida, razones a las que ahora hemos de remitirnos.

SEXTO.- Por último se alega que habría existido arbitrariedad en la apreciación de la prueba, dado el valor dado por el juez al testimonio del Presidente de la Comunidad o del Administrador de la misma.

La función de valoración de la prueba corresponde al juez de instancia conforme a las reglas de la sana crítica excepto en aquellos escasos supuestos en los que en nuestro ordenamiento se atribuye un cierto valor tasado a alguna prueba; esta valoración no es sino un criterio de convicción que atiende al resultado de toda la prueba practicada en relación con los hechos alegados por las partes, y no es admisible la sustitución de este criterio por el de la parte cuando aquel se encuentra debidamente motivado, mecanismo a través del cual el juez exterioriza su valoración en términos de conclusión probatoria.

No compartimos el alegato que pretende arbitrariedad alguna en el supuesto en esta valoración, por más que el recurrente no comparta la misma, siendo así que además aquellos extremos sobre los que el apelante sienta la discrepancia valorativa no son los relevantes para la decisión del recurso ni eran los decisivos para la resolución de la litis en la instancia, pues lo esencial era comprobar si se había contado o no con la **unanimidad** necesaria para la adopción de los acuerdos impugnados, y ello ha sido constatado mediante la exclusión del deudor **moroso** del cómputo necesario, por lo que también este motivo de recurso ha de desestimarse.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso hace que deban imponerse al recurrente las costas de la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Artemio Y D^a María , contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2008 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 68 de Madrid, confirmamos dicha resolución, con imposición a la recurrente de las costas de la apelación.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.