Roj: **SAP S 1039/2010** - **ECLI:ES:APS:2010:1039**

Id Cendoj: **39075370022010100326**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Santander**
Sección: **2**
Fecha: **06/10/2010**
Nº de Recurso: **573/2009**
Nº de Resolución: **1198/2010**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

"SENTENCIA nº 001198/2010

Ilmo. Sr. Presidente.

Don Miguel Fernández Díez.

Ilmos. Srs. Magistrados

Don Javier de la Hoz de la Escalera.

Don Bruno Arias Berrioategortua

En la Ciudad de Santander, a seis de Octubre de dos mil diez.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, núm. 651 de 2008, Rollo de Sala núm. 573 de 2009 procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Laredo, seguidos a instancia de D. Bernardino contra La Comunidad Propietarios DIRECCION000 , NUM000 EDIFICIO000 de Laredo.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D. Bernardino , representado por la Procuradora Sra. Espiga Pérez y defendido por el Letrado Sr. Alonso Peña; y apelada LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , NUM000 EDIFICIO000 de LAREDO, no personado en esta Segunda Instancia.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Javier de la Hoz de la Escalera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Laredo, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 20 de Mayo de 2009 Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda interpuestas por D. Bernardino , representado por el procurador Sr. Cuevas contra la Comunidad de Propietarios Bernardino NUM000 , de Laredo representada por la procuradora Sra. Santo Domingo. La parte demandante deberá pagar las costas procesales causadas en esta instancia procesal.

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante preparó recurso de apelación, que se tuvo pro preparado; interpuesto en forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Don Bernardino se alza contra la sentencia de instancia que desestimó íntegramente su demanda en que pedía la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios del inmueble conocido como Torre de Laredo en fecha 30 de Julio de 2008. Pues bien, como la parte demandada planteó la cuestión de la falta de legitimación para impugnar los acuerdos, lo que fue acogido en la sentencia de instancia, es obligado abordar en primer lugar esta cuestión que afecta al derecho mismo del actor de pedir la nulidad. El art. 18 de la LPH concede legitimación para impugnar los acuerdos a los que hubiesen salvado el voto en la Junta, esto es, los que hubiesen votado en contra; siempre que, además, estén al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o procedan previamente a la consignación judicial de las mismas. Como quiera que los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial no tienen derecho de voto, conforme a lo dispuesto en el art. 15,2 LPH, es claro que no pueden votar en contra, por lo que carecen de legitimación para recurrir. Pues bien, en el presente caso don Bernardino aparecía como deudor en la cuentas comunitarias cerradas a 5 de Mayo de 2008 con un saldo deudor de 324,81 euros; pero consta acreditado el pago realizado el 22 de Julio de 2008 mediante ingreso en la cuenta comunitaria - y no constituyendo mero deposito, aunque se hiciera el ingreso para cumplir la exigencia legal-, de la suma de 332,61 euros, importe de la condena liquida impuesta en sentencia de 7 de Mayo de 2008. Por consiguiente, a la fecha de celebración de la Junta el 30 de Julio de 2008 el actor sí estaba al corriente en el pago de lo debido a la comunidad como cantidad liquida; y tan es así que en la Junta se le tuvo por presente, se computó su porcentaje de participación, se le permitió votar y no se le menciona en el acta entre los deudores morosos. Además, pese a que en el acta, con clara infracción de la legalidad, no se indica qué vecinos votaron en contra y si solo la aprobación de los acuerdos por "amplia mayoría", no se niega por la demandada que el actor votara en contra de los acuerdos, salvo en lo relativo a unas obras, que forma parte de la liquidación de gastos. En definitiva, no cabe negar legitimación para recurrir.

SEGUNDO: En la demanda se impugnan de forma ciertamente poco sistemática los diferentes acuerdos que se mencionan, algunos por varias causas; y además se hacen alegaciones genéricas sobre la convocatoria o los estatutos o concretas partidas de las cuentas. Pues bien, siguiendo en lo posible el orden de la propia demanda y soslayando las alegaciones que son novedosas en esta alzada, que no pueden admitirse, debe comenzarse por decir que la falta de inclusión en el orden del día de la convocatoria de los puntos que haya solicitado incluir un comunero no es causa de nulidad de los acuerdos adoptados. Como ya expuso esta misma Audiencia en sentencia de 30 de Junio de 2008, " *En efecto, el art. 16,2, párrafo segundo de la LPH impone al Presidente el deber de incluir en el orden del día de la convocatoria a Junta cualquier tema de interés para la comunidad cuya inclusión sea solicitada por cualquier comunero; pero es de hacer notar que la norma no contiene sanción expresa al incumplimiento de tal deber; y aun cuando su proclamación legal dará derecho al comunero en cuestión a solicitar judicialmente su cumplimiento, no se alcanza a comprender que su infracción haya de generar la nulidad de los demás acuerdos adoptados en la junta en cuestión. La Ley de Propiedad Horizontal no contempla sino la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta (art. 18 LPH), no de los actos del Presidente, por lo que es claro que cuando la propia Ley dispone la nulidad de los acuerdos por contrarios a la Ley, está exigiendo que la contravención de la Ley trascienda a dichos acuerdos, afecta a la legalidad intrínseca del mismo o a su procedimiento de adopción".* Este criterio es por demás sostenido mayoritariamente por otras Audiencias Provinciales (SS. Madrid 5 Octubre 2004, Guipúzcoa 24 Mayo 2004).

TERCERO: Se impugna también el nombramiento de administrador, lo que debe ser acogido. En efecto, la Ley de Propiedad Horizontal da plena libertad a la Junta para designar administrador cuando este es elegido de entre los propios comuneros; pero cuando se trata de elegir a alguien externo a la comunidad, la Ley ha impuesto la exigencia de cualificación profesional bastante, en aras a proteger los intereses de todos los comuneros; el art. 13,6 LPH exige así que el administrador no propietario cuente con una " *cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones*". Como pone de manifiesto toda la doctrina científica, los términos legales son indudablemente poco claros y precisos, pero es criterio mayoritario que el texto legal buscó precisamente no consagrar la exigencia de colegiación para el ejercicio del cargo; destacando que junto la exigencia de una cualificación profesional suficiente está acompañada de la precisión de que debe estar legalmente reconocida. Por todo ello, debe concluirse que, desde luego, cumplen esos requisitos los miembros de los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas, regulados esencialmente por el Decreto 693/1968 d 1 de Abril; pero no quedan excluidos otros profesionales cuya titulación legalmente reconocida pueda considerarse bastante a acreditar su cualificación profesional. En el presente caso, sin embargo, el administrador nombrado en el acuerdo impugnado no ostenta más titulo de cualificación profesional que un curso de gestión de fincas impartido por el Instituto Superior de Estudios como centro colaborador de la Universidad de Vic, cuyo certificado de aprovechamiento expedido el 11 de Junio de

2007 expresamente indica que se trata de un titulo expedido al amparo del entonces vigente art. 34,3 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades, que autorizaba a estas la expedición de diplomas y títulos propios, pero careciendo de los efectos que las disposiciones legales otorgan a los títulos de carácter oficial; y aunque acredita la pertenencia a una asociación de gestores, es claro que ello no supone conferir reconocimiento legal alguno a aquella titulación. En definitiva, asiste la razón a la parte actora, pues el nombramiento efectuado por la Junta recae en persona que no reúne las condiciones legales, y en este sentido el acuerdo infringe la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que el recurso debe ser estimado en este punto, sin que sea óbice a ello que el mismo administrador hubiera sido nombrado anteriormente.

CUARTO: 1.- Se impugna también el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, alegando diversas causas, algunas de ellas inocuas pero otras determinantes de la nulidad solicitada. Así, con ser cierto que el acta infringe, como ya se ha dicho, lo dispuesto en el art. 19,2 LPH, no por ello los acuerdos son nulos, pues la infracción no pasa de ser formal si ello no afecta al derecho de los comuneros y en concreto al derecho del impugnante. En el presente caso, pese a que no consta en acta, ya se ha indicado que no se combate el voto negativo del actor; y lo cierto es que este tampoco razona en la demanda porqué la omisión de ese dato en la junta afecta a su derecho, o qué votos nos e han computado o debieron serlo en otro sentido, hasta el punto de poder alterar el sentido de la votación. Tampoco tiene relevancia alguna que las cuentas se cierren al 30 de Abril de 2008 y no al cumplirse el año desde las anteriores cuentas, pues la Ley no impone ninguna fecha concreta; como tampoco que haya un descuadre, que el propio actor reconoce como de defecto de "redondeo" de 0,24 euros, pues por su propia entidad debe tacharse de despreciable y no justifica razonablemente la nulidad que se interesa. En cuanto a los gastos de la Agencia de Protección de Datos, no puede compartirse la afirmación del recurrente de que se trata de un gasto superfluo, cuando la propia Junta lo aprueba y no se acredita que no obedezca a un gasto realmente efectuado, máxime si se considera las obligaciones que en orden a la gestión de los datos personales impone al legislación protectora especifica.

2.- Otros aspectos de la impugnación de las cuentas requieren mayor explicación: así, se combate la aprobación como gasto general las obras del portero automático, sosteniendo que no hay acuerdo en la junta anterior para tal gasto, que no es un gasto comunitario, que hay vecinos que no han hecho la instalación y que no debe pagarse igual. Pues bien, por más que no haya habido acuerdo previo, la Junta es soberana para la aprobación del gasto efectuado por el administrador. Hoy en día no resulta sostenible que la instalación de portero automático en el edificio no sea un gasto general, o que constituye una mejora no exigible para la seguridad del edificio, y tal es el criterio generalmente sostenido por las Audiencias Provinciales (SS.A.P. Málaga 20 Abril 2009, Zaragoza 12 Enero 1998). En el presente caso, se desprende de lo actuado además que se trata de una actualización de la instalación ya existente y de obras complementarias de esta, y que su coste se ha incluido en las cuentas anuales dentro de los gastos generales, cuya aprobación por la Junta no se revela, en definitiva, contrario a la Ley.

3.- Se alega también la ilegalidad de devengo de intereses moratorios a cargo de los comuneros morosos, lo que debe ser rechazado. En efecto, en la Junta de 14 de Agosto de 2007, cuyos acuerdos son ejecutivos y no constan anulados, se acordó que el pago de las cuotas acordadas se realizará antes del 30 de septiembre de 2007, " *a partir del cual se aplicará el 25 por ciento de interés anual a las cuotas abonadas fuera de plazo, en concepto de penalidad por demora*". Sin perjuicio de lo que luego se expondrá sobre ese mismo acuerdo adoptado para el ejercicio siguiente, en la medida en que ahora se trata de un acuerdo ejecutivo adoptado el año anterior, su cumplimiento resulta obligatorio, como ya en otras ocasiones ha considerado este mismo tribunal (SAP Cantabria 7 Octubre 2009).

4.- Sí asiste la razón a la parte recurrente cuando alega el incorrecto cálculo de esos intereses porque, aún a falta de explicaciones bastantes por parte de la Comunidad acerca de las operaciones de calculo que haya realizado para llegar al resultado que reflejan las cuentas, lo cierto es que a tenor de aquel acuerdo, solo pueden devengar esos intereses las cuotas impagadas, no tras deudas comunitarias o saldos anteriores; cuotas en todo caso debidas, aunque el gasto anual final sea menor; pues bien, el examen de las cuentas revela que, en efecto, los intereses cargados en las cuentas no se corresponden a los devengados por las cuotas correspondientes a la anualidad en el periodo comprendido entre el 1 de Octubre de 2007 y el 5 de Mayo de 2008, único periodo de devengo conforme al acuerdo de agosto de 2007 y la fecha de cierre de las cuentas, siendo los intereses cargados en las cuentas levemente mayores que los efectivamente devengados; pero ocurre que, además de que se trata de diferencias mínimas en contra de algunos propietarios y a favor de la Comunidad, no afectan en modo alguno al propietario recurrente, a quien no se hizo cargo alguno en las cuentas por este concepto, sin que conste oposición por parte de los afectados, por lo que no puede reconocerse al mismo interés legitimo para impugnar las cuentas por este motivo pues, en definitiva, en lo que a él respecta no supone una contribución mayor de la debida que se pueda entender vulneradora de lo dispuesto en el art. 9 de la LPH.

3.- También es cierto que en las cuentas anuales no hay cargo por intereses de demora a los propietarios que, incuso considerando su saldo a favor precedente, ingresaron solo parte de la cuota anual; pero además de que, nuevamente, se trata de cantidades mínimas, no puede desconocerse que la Junta es soberana para resolver sobre el mantenimiento o revocación de sus anteriores acuerdos de administración y, por ende, no puede considerarse contrario a la Ley el acuerdo que supone dejar sin efecto en tales casos el pago de los intereses moratorios, acuerdo que por su muy escasa cuantía no supone, desde luego, gravemente lesivo para los intereses de la propia comunidad.

4.- Se alega que el fondo de reserva es muy elevado, pero lo cierto es que la Ley no impone un límite máximo al mismo, sino solamente mínimo (art. 9,f LPH), siendo la Junta de Propietarios soberana para decidir sobre su destino como cuestión propia de la administración.

QUINTO: 1. Se alega en la demanda que los Estatutos de la Comunidad son muy antiguos y están obsoletos, lo que en sí mismo no es causa alguna de impugnación de los acuerdos, pues debe recordarse que en defecto de adaptación a la legislación vigente se aplica esta directamente, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley. Tampoco el hecho de que no yaya normas de régimen interior supone infracción alguna en los acuerdos adoptados, siendo además como son potestativas.

2.- En cuanto al presupuesto de gastos, se alega que no existe, cuando en el propio acuerdo se indica que se aprueba como tal el mismo que en el ejercicio anterior, dicción suficiente y bastante para haber de afirmarse su existencia por remisión, siendo de significar que lo que la ley contempla es un simple plan de gastos e ingresos previsibles, pero no la necesidad de un presupuesto anual detallado que concrete cada partida de gastos ordinarios y extraordinarios, sin perjuicio de que la Junta deba aprobar los presupuestos concretos de ejecución de obras; en el caso, la remisión es al presupuesto aprobado para el ejercicio anterior, que consta aprobado en Junta de 14 de Agosto de 2007, siquiera fuera una simple previsión de gastos e ingresos por cuotas.

SEXTO: Se impugna también la elección de presidente, alegándose que no se realizó sorteo; pero la Ley no impone que haya de realizarse este, y antes al contrario contempla como primer modo la elección; las afirmaciones del recurrente de que el presidente lo nombró directamente el administrador carecen de todo respaldo probatorio, resultando del acta que fue elegido, con independencia de quien lo propusiera.

SEPTIMO: Se combate también el acuerdo de la Junta relativo a la imposición de un interés por demora del 25 por ciento anual de las cuotas impagadas a partir del 30 de Septiembre de 2008. Pues bien, sobre la posibilidad de acordar recargos por demora en el ámbito de las Comunidades de Propietarios esta Audiencia ya se ha pronunciado con anterioridad, admitiendo la misma pero siempre que el correspondiente acuerdo se adopte por unanimidad, no por simple mayoría, dada su naturaleza y trascendencia. Así, en sentencia de 30 de Marzo de 2004, se decía lo siguiente: " *La falta de pago de las cuotas o el retraso en el abono de las mismas es cuestión específicamente tratada en la LPH y a la que se aparejan graves sanciones (no sólo por el interés de demora que pueda devengarse sino por otros efectos como la privación del derecho de voto en las juntas de propietarios, la posibilidad de que resulte embargada la vivienda, el carácter preferente del crédito o la transmisibilidad de la deuda -con ciertos límites- a posteriores adquirentes de la vivienda). No se encuentra óbice para que una cláusula como la ahora impugnada* - se refiere a una penalización de intereses por demora en el pago de saldos deudores -, *sea incluida como específica sanción en los estatutos de la comunidad, lo que requeriría una unanimidad que no concurre en este caso; sin embargo, su contenido supera el de normal ordenación de la convivencia comunitaria y de aquellos acuerdos para los cuales es suficiente que una mayoría determine una norma que, como la presente, serviría para agravar la posición de unos comuneros más allá de lo específicamente querido por el legislador. Así, el párrafo tercero del artículo 5 LPH señala, como contenido propio de los estatutos de la comunidad, la fijación de reglas en orden a la determinación de los gastos, administración y gobierno entre las cuales se incluiría la ahora debatida, que excede de la regulación de los detalles de la convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, que son el objeto propio de las normas de régimen interior del artículo 6 LPH . El acuerdo impugnado, por tanto, debe calificarse como estatutario y, por ello, impugnable en el plazo de un año previsto en el artículo 18.3 LPH . Por lo que no habría caducado el plazo para su impugnación y, no habiendo sido adoptado en la forma que dichos acuerdos han de serlo (por unanimidad de acuerdo con el artículo 17.1ª LPH), procede anular el mismo.*". En el presente caso debe hacerse aplicación del mismo criterio, y siendo evidente la inexistencia de unanimidad para la adopción de tal acuerdo, que ya en la propia acta consta que solo fue aprobado "por amplia mayoría", es procedente anular el mismo por ser contrario a la Ley.

OCTAVO: Por lo expuesto, es visto que procede estimar parcialmente el recurso, sin hacer especial imposición de las costas e la instancia y de esta alzada en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

F A L L A M O S

1º.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Bernardino contra la ya citada sentencia del Juzgado, que revocamos únicamente en lo siguiente:

2º.- Declaramos la nulidad del acuerdo adoptado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE EDIFICIO000 DE LAREDO en Junta de 30 de Julio de 2008 relativo al nombramiento como administrador de don Braulio .

3º.- Declaramos nulo el acuerdo adoptado por dicha Comunidad en la misma Junta relativo a la aplicación de un interés del 25 % anual a las cuotas para el ejercicio 2008-2009 abonadas fuera de plazo así como a los saldos deudores resultantes del ejercicio anterior, en concepto de "penalidad por demora".

4º **.-** No se hace especial imposición de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada.

Contra esta sentencia pueden interponerse los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, a preparar ante este tribunal en plazo de cinco días.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".- Siguen las firmas ilegibles.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ