Roj: **SAP O 1991/2018** - ECLI: **ES:APO:2018:1991**

Id Cendoj: **33044370052018100233**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Oviedo**
Sección: **5**
Fecha: **28/06/2018**
Nº de Recurso: **279/2018**
Nº de Resolución: **257/2018**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00257/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000279 /2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintiocho de Junio de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 13/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avilés, Rollo de Apelación nº **279/18** , entre partes, como apelante y demandante **DOÑA Ariadna** , representada por la Procuradora Doña Nuria Arnáiz Llana y bajo la dirección de la Letrado Doña Olga Cid Canteli, y como apelada y demandada **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 " DE CORVERA** , representada por el Procurador Don Román Gutiérrez Alonso y bajo la dirección del Letrado Don Ignacio Caicoya Piñera.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avilés dictó sentencia en los autos referidos con fecha seis de marzo de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Dª Nuria Arnáiz Llana en nombre y representación de Dª Ariadna , contra LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , absuelvo a dicha demandada de los pedimentos formulados contra la misma; con expresa imposición de costas a la parte actora.".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Ariadna , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Doña Ariadna formuló demanda frente a la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Corvera, impugnando el Acuerdo adoptado en Junta Extraordinaria celebrada el 2-12-2015, con base a los hechos siguientes:

La actora es propietaria de una de las viviendas que configuran la Comunidad, que en el año 2.013 se dividió en diversas Subcomunidades para facilitar la gestión, quedando la Comunidad General para asuntos afectantes a su totalidad.

La Comunidad General había convocado Junta para el 2-12-2015 con un Orden del día, en el que en el primer apartado se consignaba: "Funcionamiento interno de la Comunidad, explicación, debate y votación en su caso, sobre las reuniones de la Junta de Gobierno. Relaciones de la Comunidad General con las Subcomunidades."

En dicha Junta, a la que la actora no había podido asistir, al abordar el punto primero, y una vez concretado y sometido a votación que la Junta de Propietarios estaría formada por los Presidentes de la Subcomunidades, y que los propietarios abonasen las cuotas a cada Subcomunidad, para que ésta a su vez lo hiciere a la Comunidad General, se había abierto un debate sobre dos cuestiones no recogidas expresamente en la División Horizontal, considerándose de gran importancia determinar a quién compete el mantenimiento, siendo tales las rampas de acceso a los garajes y las bombas de achique, decidiéndose por mayoría que el mantenimiento de una y otra correspondería a la Comunidad General.

Señala la demandante que se había por ello adoptado un Acuerdo sobre materia que no estaba en el Orden del día, siendo así que el acta de la Junta le había sido comunicada el día 26-10-2016. Además, afirma que la Subcomunidad a la que pertenece no dispone de bombas de achique, ni se beneficia de tal servicio, y que conforme a los Estatutos los gastos que afecten a los diversos elementos comunes del conjunto urbanístico, en general, todos aquéllos que no afecten particularmente a cada parcela serán satisfechos en proporción a las cuotas, de donde los que afecten a elementos privativos serán de cargo del titular del mismo.

Postuló, por ello, la nulidad del Acuerdo en cuestión o de dicha Junta, con base al art. 18 de la LPH .

La demandada se opuso a la demanda alegando, respecto al Orden del día, que la cuestión del mantenimiento de las bombas de achique no era una cuestión desconocida para los propietarios, ya que había sido tratada en Junta de 18-10-2010 sin que nadie hubiere planteado nada en contra, por lo que el Acuerdo de la Junta impugnada era un mero recordatorio. Además, la interposición de la demanda estaba fuera de plazo, ya que el acta de la Junta había sido comunicada a la actora en el mes de diciembre de 2.015 y la demanda fue presentada en enero de 2.017. Además, aún tomando como fecha de notificación la afirmada por la demandante, no tendría legitimación, ya que no había manifestado su discrepancia en el plazo de 30 días a la persona que ejercía las funciones de Secretario de la Junta (art. 17-8 de la LPH). Alega que las bombas de achique, en cuanto afectantes al mantenimiento de los viales, son un elemento comunitario.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, acogiendo la excepción de falta de legitimación. Parte de la falta de prueba de la demandada respecto a haber comunicado a la demandante el resultado de la Junta en el mes de diciembre de 2.015, estando por tanto a la fecha señalada por la actora de 26 de octubre de 2.016, mas esto así, refiere que la actora no realizó la comunicación a la que se refiere el art. 17-8 de la LPH en el plazo de 30 días en dicho precepto señalado.

La demandante se alza frente a tal resolución.

SEGUNDO.- Con la reforma operada por la Ley 8/2013, de 23 de junio, el apartado 8 del art. 17 LPH establece: " *Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del Acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del Acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción* ."

Como se advierte de la redacción del precepto, la ley excluye el cómputo del voto presunto en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del Acuerdo, esto es, se refiere claramente a los supuestos de innovaciones a que se refiere el art. 17-4 de la LPH , que no es el caso, de ahí que, en efecto, la demandante debería haber manifestado su disidencia en el referido plazo de 30 días naturales, lo que al no constar haberlo hecho, prueba que le incumbe conforme a las reglas del art. 217 de la LEC , le privaría de legitimación, como así se resolvió en la recurrida acogiendo la excepción invocada en la contestación a la demanda.

TERCERO.- Si considerásemos hipotéticamente que el caso se comprendería dentro de la excepción señalada en el precepto, entendiendo que lo acordado implicaría un aprovechamiento para determinadas viviendas, y por ello se le confiriese legitimación a la apelante, la cuestión a dirimir sería con carácter previo si la acción habría caducado.

Dispone el art. 18-3 que la acción caducará a los tres meses de adoptarse el Acuerdo por la Junta de Propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del Acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9. Si como se ha dicho, se ha considerado que la notificación del Acuerdo de la Junta fue el 26-10-2016, habida cuenta que la alegación de la contraparte respecto a haberlo sido en el mes de diciembre de 2.015 no quedó acreditada, considerando que la demanda fue instada el 13-1-2017, obvio es que lo fue dentro de plazo.

Entrando en el fondo de la cuestión, no puede negarse que la cuestión litigiosa relativa a la bomba de achique no estaba en el Orden del día.

Sobre este cuestión se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en la sentencia de 5-2-2018 (rollo 540/17), declarando lo siguiente: " *Con carácter reiterado los tribunales vienen exigiendo que la convocatoria de la junta contenga la indicación clara y precisa del Orden del día, de forma que los distintos propietarios tengan un conocimiento previo suficiente de los asuntos a tratar, no generando situaciones de inseguridad jurídica (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010).*

El Tribunal Supremo ha fijado como doctrina (cfr. sentencia de 12 de enero de 2.012) la de que "la convocatoria para la celebración de Juntas de Propietarios exige, para la validez de los Acuerdos que se adopten, que se fijen en el Orden del día los asuntos a tratar, para que puedan llegar a conocimiento de los copropietarios, de modo que exista una plena concordancia entre el contenido del Orden del día y los temas que se debatirán". La finalidad de tal doctrina estriba en "cumplir con la exigencia de que los comuneros puedan adquirir antes del momento de celebración de la junta la suficiente información para votar respecto a las materias que van a ser discutidas, o bien para decidir si delegan su voto a favor de un tercero, o si, en su caso, optan por no asistir a su celebración". Y agrega el Alto Tribunal, con invocación de la sentencia de 15 de junio de 2.010 , que exige, para la validez de los Acuerdos que se adopten que se fijen en el Orden del día, que "la asistencia a las Juntas de Propietarios es voluntaria, de modo que dar validez a la inclusión de asuntos para ser tratados al margen de los fijados en el Orden del día permitiría aprovechar la inasistencia de determinados propietarios para obtener la aprobación de Acuerdos prescindiendo de su voluntad". Por ello, la sentencia de 12 de enero de 2.012 reitera como doctrina jurisprudencial que "La convocatoria para la celebración de Juntas de Propietarios exige, para la validez de los Acuerdos que se adopten, que se fijen en el Orden del día los asuntos a tratar, para que puedan llegar a conocimiento de los copropietarios .".

Por otro lado, el art. 17 de la LPH señala que los Acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos:

a) Cuando sean contrarios a la ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios.

b) Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios.

c) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.

A ello igualmente se refirió la recurrente, al señalar que la Subcomunidad a la que pertenece no dispone de bombas de achique, ni se beneficia de tal servicio, y que conforme a los Estatutos los gastos que afecten a los diversos elementos comunes del conjunto urbanístico, en general, todos aquéllos que no afecten particularmente a cada parcela serán satisfechos en proporción a las cuotas, de donde los que afecten a elementos privativos serán de cargo del titular del mismo.

Ahora bien, llegados a este punto, no puede ignorarse que, como señaló la demanda y así consta en la documental por ella aportada, el 18-10-2010 se celebró Junta en la que se abordó, y esto sí estaba en el Orden del día, el mantenimiento de las bombas de achique, señalando que el coste relativo a las instalaciones (consumibles, piezas o cambio de bombas) que serían de cuenta de los propietarios de las mismas, esto es, viviendas afectadas, asumiendo la Comunidad únicamente el importe del contrato de mantenimiento, según ofertas remitidas a todos los propietarios. No consta que tal Acuerdo haya sido impugnado.

Como se observa fácilmente, esto último es lo acordado en la Junta de 2-12-2015. Por ello, la alegación de la demandada de referirse ello a una mera ratificación de lo ya acordado en su día, tiene todo el sentido.

En consecuencia, de una u otra manera, el recurso no ha de prosperar.

TERCERO.- Las costas de la presente alzada han de imponerse a la parte que la ha promovido (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Ariadna contra la sentencia dictada en fecha seis de marzo de dos mil dieciocho por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avilés , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA** .

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ