Roj: **SAP C 2849/2017** - ECLI: **ES:APC:2017:2849**

Id Cendoj: **15078370062017100487**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Santiago de Compostela**
Sección: **6**
Fecha: **29/12/2017**
Nº de Recurso: **219/2017**
Nº de Resolución: **251/2017**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **JOSE GOMEZ REY**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00251/2017

SECCIÓN SEXTA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 219/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ GÓMEZ REY -PRESIDENTE-

D. CESAR GONZALEZ CASTRO

D. JORGE CID CARBALLO

SENTENCIA

NÚM. 251/17

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 91/2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **219/2017**, en los que aparece como parte apelante, Luis y Marisol , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. DOMINGO NUÑEZ BLANCO, asistidos por el Abogado D. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ VALIÑO, y como parte apelada, Petra , Patricio , JAIME CASTRO ASESORES S.L , Susana , María Luisa , Secundino , Amanda , Virgilio , Carlos Ramón , Candida , Juan Carlos , Elena , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE MARTINEZ LAGE, asistidos por el Abogado D. JOSE MARIA BARREIRO RIVEIRO, y como demandada en situación de rebeldía **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO C/ DIRECCION000 Nº NUM000 - NUM001 DE SANTIAGO** ; siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. JOSÉ GÓMEZ REY** , quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 23/3/17 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador Sr. Núñez Blanco en el nombre y representación invocada y, en consecuencia, SE ABSUELVE a la Comunidad de Propietarios demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte actora en los términos que se indican en el fundamento jurídico sexto."

SEGUNDO. - Notificada dicha resolución a las partes, por Luis y Marisol se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día diez de noviembre de dos mil diecisiete, en que ha tenido lugar lo acordado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada,

PRIMERO.- El objeto del presente proceso, del que ahora se tiene conocimiento en apelación, es una pretensión declarativa que tiene por objeto la impugnación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios del edificio sito en DIRECCION000 , núm NUM000 - NUM001 de Santiago de Compostela, el día 11 de febrero de 2015. En el acuerdo impugnado se modificó el sistema de reparto de los gastos de la Comunidad. También se interesó la nulidad de los acuerdos posteriores derivados del anterior y la devolución del importe pagado a mayores como consecuencia del nuevo criterio de reparto de los gastos.

La demanda se presentó por D. Luis y Dª. Marisol , como propietarios de la finca número NUM002 , que viene a ser el piso NUM001 , letra DIRECCION001 , del Edificio. Los demandantes, ahora recurrentes, no asistieron a la Junta de Propietarios en la que se adoptó el acuerdo impugnado.

Tampoco manifestaron su disconformidad con el acuerdo en los términos previstos en el artículo 17 de la LPH .

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Esa decisión es consecuencia de un análisis riguroso y exhaustivo de todas las cuestiones planeadas, con cita y aplicación de la jurisprudencia más reciente sobre las cuestiones que fueron objeto de controversia. Esta Sala asume y hace suyos los argumentos de la sentencia de primera instancia.

El recurso de apelación contiene alegaciones ordenadas en torno a tres motivos de impugnación: a) Discrepancia jurídica sobre el valor del voto atribuido a la abstención en los caos que requieren unanimidad; b) Error en la valoración de la prueba por exceder el acuerdo impugnado del contenido del previo acuerdo de 1987; c) Inclusión en el orden del día del punto relativo a la modificación de los estatutos sin hacerlo constar expresamente y necesidad de aportar la información disponible con carácter previo.

Los examinamos a continuación en el mismo orden en que han sido expuestos en el recurso.

SEGUNDO.- El artículo 17 de la LPH exige para la validez de los acuerdos que supongan modificación de las reglas contenidas en los estatutos de la comunidad la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación (artículo 17 de la LPH).

Los apelantes, acudiendo a un criterio estrictamente gramatical, consideran que sólo existe acuerdo unánime cuando concurra el voto favorable de todos los presentes. Niegan que en éste caso haya existido un acuerdo unánime por cuanto el representante de varias viviendas (NUM001 , NUM003 y NUM004), presente en la Junta, se abstuvo de votar y su voto no se puede computar como favorable a la aprobación del acuerdo.

La postura de los apelantes, con supuesto apoyo en la literalidad de la norma, tiene unos presupuestos paradójicos. Los recurrentes no asistieron al Junta, ni manifestaron su disconformidad con el acuerdo en el plazo de treinta días naturales al que alude el artículo 17, norma 1ª, párrafo cuarto, de la LPH . En consecuencia su voto ha de computarse como favorable a la adopción de acuerdo. No pueden cuestionar la validez del acuerdo invocando su voto para alegar falta de unanimidad. Por ello intentan utilizar la postura del representante de otras propiedades, quién dijo en la Junta que no podía manifestarse a favor del nuevo reparto propuesto, dado que necesitaría haber realizado un estudio previo con su representado. Este representante no salvó su voto en la junta, por lo que no estaría legitimado para la impugnación del acuerdo (artículo 18.2 de la LPH). Con posterioridad a la Junta no consta que éste propietario manifestase su oposición al acuerdo o intentase impugnarlo. En resumen, los apelantes, cuyo voto se presume por la ley favorable al acuerdo, niegan la unanimidad por no haber votado favorablemente otro propietario que no se opuso al acuerdo y no puede impugnarlo por no haber salvado el voto.

La sentencia apelada, con criterio que compartimos, prescinde de una interpretación estrictamente literal y con criterio sistemático llega a la conclusión de que el voto de quien se abstiene sin salvar el voto, y carece de la facultad de impugnar el acuerdo, ha de computarse como voto favorable para determinar si concurren las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo. Con éste criterio se da más valor a la posición del propietario que se abstiene sin salvar su voto que a la del ausente que no muestra su

disconformidad. Es cierto que no existe analogía entre ambas situaciones, por carencia de identidad de razón en los presupuestos determinados por la actuación de los distintos propietarios, uno presente y otro ausente. Pero una interpretación sistemática debe llevar a impedir que el propietario cuyo voto ha sido finalmente favorable utilice en su favor el voto de quién ha decidido no impugnar el acuerdo y no salvar el voto en caso de abstención. Postura favorable al normal funcionamiento de las Comunidades que cuenta son sólidos apoyos jurisprudenciales.

La STS de 10 de mayo de 2013 al examinar la situación de aquellos copropietarios que asistieron a la Junta, votaron en contra y no salvaron el voto, en orden a su legitimación, dice que "El artículo 18.2 de la LPH no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo. Se limita a conceder legitimación para impugnarlo a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, a los ausentes por cualquier causa y a los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto". Argumenta que "No es posible obviar que el legislador modificó la Ley para introducir, entre otras cosas, una expresión tan controvertida como la de "salvar el voto", que no tenía antecedentes en el ámbito de la propiedad horizontal, y que mediante esta reforma que ha de operar en una realidad social determinada por una reunión de vecinos no debidamente ilustrada en estas cosas, puede entenderse suficiente el hecho de votar en contra para impugnar un acuerdo comunitario con el que no se está conforme, significado que, por cierto, nada tiene que ver con el que tendría en una sociedad capitalista, ni por las expresiones que en ella se utilizan ("asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo"), ni por la mayor exigencia de formalidades para éstas. La necesidad de salvar el voto únicamente tiene sentido en aquellos casos en los que los propietarios asisten a la Junta sin una información o conocimiento suficiente sobre el contenido y alcance de los acuerdos que se van a deliberar, y deciden no comprometer su voto, favorable o en contra, sino abstenerse de la votación a la espera de obtenerla y decidir en su vista. A ellos únicamente habrá de exigírseles dicho requisito de salvar el voto, pues en otro caso sí que se desconocería su postura ante dicho acuerdo". Y añade, *obiter dicta* , que "Con ello se evitaría, además, que el silencio o la abstención puedan ser interpretados como asentimiento al posicionamiento de la voluntad mayoritaria que se expresa en uno o en otro sentido". Por lo que, a sensu contrario y en beneficio del funcionamiento de la comunidad, cabe entender que la abstención cuando no se ha salvado el voto puede entenderse como asentimiento al posicionamiento de la voluntad mayoritaria.

La cuestión que tratamos, en relación con el cómputo de los votos y no sólo con el problema de la legitimación, se aborda expresamente en la SAP de Asturias, Sección 5, del 28 de junio de 2016 , en un caso extremo, en el que el acuerdo que se impugna tuvo un voto a favor, seis votos en contra y 17 abstenciones. Dice que "Sobre esta controvertida cuestión conoce la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial en la sentencia de 23 enero de 2.007, en la que se declara: "La cuestión es ciertamente dudosa y ha dado lugar a opiniones encontradas, que oscilan desde quienes entienden que las abstenciones deben computarse como votos negativos o positivos, a los que sostienen que no han de tenerse en cuenta a efectos de alcanzar la mayoría, o quienes por último, se apartan de la posiciones anteriores, computándolas a estos efectos pero sin equipararlos ni a los votos afirmativos ni a los negativos. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la abstención desde el punto de vista de quien forma parte de un colectivo en vías de tomar una decisión, es una de las opciones posibles y equivale a no tomar partido por una u otra de las posturas o alternativas sometidas a debate y decisión. En este sentido, parece claro que quienes están presentes en el momento de la votación y optan por abstenerse, están manifestando su propósito consciente y voluntario, cualesquiera que sean las razones que les asistan, de no votar ni a favor ni en contra, de tal modo que difícilmente cabe asimilar esta postura a la de quienes emitieron su voto en un sentido u otro, pues se estaría alterando la decisión tomada en su momento y dándole un significado que fue expresamente rechazado al actuar de esta manera. Distinto caso es el de los propietarios ausentes, por un lado, porque al no asistir a la Junta, no manifiestan expresamente esa opinión de no querer votar en uno u otro sentido la concreta propuesta sometida a debate; y, por otro y sobre todo, porque a estos efectos la ley establece para ellos una presunción en determinadas condiciones, para considerarlos como votantes a favor, pero que, por las notables diferencias que existen entre ambas figuras -propietario ausente y propietario presente que se abstiene- no puede extenderse analógicamente, máxime cuando se trata de una regla excepcional. Restan así por analizar los dos últimos criterios a los que antes se hizo referencia. La tesis de que no se computen las abstenciones, como si se tratase de propietarios que no hubieran asistido a la Junta, tiene las ventajas de dar una solución práctica inmediata a la toma de decisiones, agilizando el funcionamiento de la Comunidad, de respetar el criterio de la mayoría, y de no violentar el significado de la postura de quienes decidieron abstenerse. Por el contrario, esta línea argumental no se ajusta rigurosamente a la literalidad de la norma que, como se ha visto, para este concreto supuesto establece que la mayoría ha de obtenerse en relación a "los presentes" o a "los asistentes". De seguirse estrictamente este tenor literal y adoptarse el criterio seguido por la Juzgadora de instancia, de que habrán de computarse a los que se abstienen para concluir si se alcanzó o no la mayoría, surgiría el importante inconveniente de otorgar a esas abstenciones un efecto a la postre no buscado por quienes tomaron tal postura, cual es el de impedir la aprobación de los correspondientes acuerdos como si se hubieran mostrado contrarios a los mismos, y, sobre todo, de obstaculizar en gran medida

la vida diaria de las Comunidades, obligándoles a acudir al juicio de equidad previsto en el último párrafo del art. 17 pese a que medió una mayoría que votó a favor del acuerdo. Consideraciones que llevan a esta Sala a optar por la solución antes indicada, seguida por un importante sector doctrinal, en el sentido de que el propietario que se abstiene no ha de ser tenido en cuenta, computándose únicamente los restantes propietarios tanto en cuanto a la unidad de voto como de contabilización de coeficientes, entendiendo en este sentido que las mayorías a las que se refiere el art. 17.3 en segunda convocatoria son las de asistentes o presentes que se pronuncien con su voto sobre la cuestión debatida, interpretando así la norma atendiendo a su espíritu y finalidad que parece claro es el de facilitar la toma de acuerdos en segunda convocatoria, y a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 del Código Civil), ya que la práctica diaria muestra que es frecuente en la vida comunitaria la pasividad y absentismo de los copropietarios, al menos respecto de determinadas materias, situación que aconseja seguir la interpretación más favorable para que este precepto pueda surtir efecto".

Coincidimos con éste criterio y las razones que lo justifican. En nuestro caso es patente el importante inconveniente de otorgar a una abstención en la que no se salvó el voto un efecto, pretendido por el ausente cuyo voto se presume favorable, no buscado por quién tomó tal postura, cual es el de impedir la aprobación del nuevo reparto del gasto como si se hubiera mostrado contrario al mismo. Algo que incluso desmienten los actos posteriores realizados por el presente que se abstuvo sin salvar el voto: actos de cumplimiento del acuerdo y asunción voluntaria de sus consecuencias sobre el pago de las cuotas.

TERCERO.- La conclusión expuesta en el fundamento anterior sobre el cómputo de los votos y la existencia de un acuerdo unánime deja sin interés la controversia sobre los excesos del acuerdo impugnado en relación con el contenido del previo acuerdo de 1987, o sobre la validez de este acuerdo en el que se instauró un sistema de reparto por coeficiente de ciertos gastos, sistema que no llegó a ser aplicado.

Lo decisivo ahora no es si el actual acuerdo excede o no del contenido del acuerdo de 1987. Lo que importa es que el acuerdo de 11/02/2015 que ahora se impugna fue adoptado por unanimidad y es un acuerdo valido. La repercusión entre los propietarios del coste del servicio de calefacción por coeficiente y los demás aspectos puede ser acordada por unanimidad, coincida o no esa decisión con un previo acuerdo de la comunidad.

CUARTO.- Como recordábamos den nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2013 "El Tribunal Supremo ha declarado 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 (STS de 25 de febrero de 2013 , 15 de junio de 2010[RC 1615/2005], 10 de noviembre de 2004 [RC 3047/1998] y 28 de junio de 2007 [RC 3062/2000]). La finalidad de que quede claramente fijado el orden del día permite 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 (STS de 12 de enero de 2012)".

La SAP de Barcelona, sección 11, de 8 de marzo de 2013 dice que si bien es cierto que los asuntos incluidos en el orden del día perfilan el marco indesbordable de actuación de la junta (STS de 15/6/10), no lo es menos que la redacción de aquél no exige un rigor formal desmedido que obligue en la convocatoria a recoger de manera exhaustiva y con detalle sumo todos y cada uno de los aspectos que puede presentar el asunto, este sí explicitado, que se va a tratar (SSTS de 16/4/93 , 14/2/02 y 18 de marzo de 2.010)". En concreto la STS de 18 de marzo de 2010 recuerda que tal y como declaró la sentencia de 14 de febrero de 2002 , recogiendo el criterio contenido en la sentencia de 16 de abril de 1993 , " ni del espíritu del art. 15 de la Ley sobre Propiedad Horizontal , en su texto vigente, tras la Ley de 23 de febrero de 1988, puede entenderse que exista un auténtico derecho de información a favor de los copropietarios, como ocurre en el ámbito de las sociedades anónimas, bastando con hacer constar las materias a tratar en la Junta que se convoca, sin que se exija con rigor la exposición previa de todos los datos o medios de conocimiento precisos para la participación y, en su caso, deliberación de los interesados. De esta manera, no conforma el precepto una exigencia particularizada y detallista de los temas a decidir en la asamblea".

Partiendo de estas premisas es claro que cuando se convoca a junta para abordar como punto 1 del orden del día el denominado como "Revisión del reparto de los gastos comunitarios de los portales NUM000 , NUM001 y garajes, siguiendo solicitud de propietarios al secretario-administrador. Acuerdos a adoptar" cualquier vecino podía entender que esos acuerdos podían afectar a los previsto en los Estatutos o a previos acuerdos de la junta sobre esa cuestiones. Como se dice en la oposición al recurso no es fácil imaginar acuerdos que afecten al sistema de reparto de gastos sin incidir en las previsiones estatutarias o alterar acuerdos previos. La revisión del reparto supone necesariamente la posibilidad de modificar el sistema existente.

El acuerdo adoptado en la Junta guarda perfecta armonía y congruencia con el enunciado incluido en el orden del día.

No exige la ley que se dé traslado previo a las partes de toda la documentación que en relación con el acuerdo obre en poder del Presidente de la Comunidad, o de otro órgano, o de las gestiones previas realizadas. Los propietarios, que conocen el objeto del posible acuerdo y su trascendencia mediante el orden del día, pueden tomar conocimiento de esos particulares asistiendo a la junta y tomando parte en la deliberación.

QUINTO.- Como se desestiman todas las pretensiones del recurso de apelación se imponen las costas a la parte apelante (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución en nombre de S.M. El Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español.

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis y Dª. Marisol y se confirma la sentencia de fecha 23 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Santiago de Compostela , dictada en el juicio ordinario 91/2016, que se confirma.

Se imponen a la parte apelante las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. Debiendo ingresar, en concepto de depósito para recurrir, la cantidad de 50,00 €, aportando resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones de este Tribunal, aperturada en BANCO SANTANDER nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274 clave de ingreso 1505-0000-12-NNNN-AA (siendo N y A el nº y año de procedimiento); sin cuyo requisito no será admitido a trámite el recurso.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, 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 Letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ