



Roj: **SAP VI 772/2018 - ECLI:ES:APVI:2018:772**

Id Cendoj: **01059370012018100503**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **1111/2018**

Nº de Resolución: **758/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-17/011656

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2017/0011656

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 1111/2018 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Civil - Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz / Zibileko ZULUP - Gasteizko Lehen Auzialdiko 3 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 699/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Luis Andrés , Julia y Justa

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA PILAR ELORZA BARRERA, MARIA PILAR ELORZA BARRERA y MARIA PILAR ELORZA BARRERA

Abogado/a / Abokatua: MONICA BLANCA RICO MENDIGUREN, MONICA BLANCA RICO MENDIGUREN y MONICA BLANCA RICO MENDIGUREN

Recurrido/a / Errekurritua: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 N. NUM000 DE VITORIA-GASTEIZ

Procurador/a / Prokuradorea: PALOMA BAJO MARTINEZ DE MURGUIA

Abogado/a/ Abokatua: GUSTAVO SALAZAR LOZANO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Emilio Ramón Villalain Ruiz y D. Iñigo Madaria Azcoitia, Magistrados, ha dictado el día veinte de diciembre de dos mil dieciocho,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 758/18

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 1111/18 procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 699/17, promovido por **D. Luis Andrés , Dª Julia y Dª Justa** , dirigidos por la Letrada Dª Monica Blanca Rico Mendiguren, y representados por la Procuradora Dª Mª Pilar Elorza Barrera, frente a la sentencia nº 158/18 dictada el 29-05-18 , siendo parte apeladala **COMUNIDAD DE**



PROPIETARIOS DE LA CALLE000 N° NUM000 DE VITORIA-GASTEIZ, dirigida por el Letrado D. Gustavo Salazar Lozano y representada por la Procuradora D^a Paloma Bajo Martínez de Murguía, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidenta D^a Mercedes Guerrero Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 158/18 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" Que **DESESTIMANDO la demanda** presentada por D. Luis Andrés , D^a Julia y D^a Justa , debo absolver a **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NUM000 DE VITORIA GASTEIZ** de las pretensiones deducidas en su contra.

Con expresa imposición de costas a la demandante vencida."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **D. Luis Andrés , D^a Julia y D^a Justa** , recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 27-06-18, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 N° NUM000 DE VITORIA-GASTEIZ**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 24-07-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, y tras la no admisión de las pruebas propuestas por ambas partes, por resolución de fecha 16-10-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 18-12-18.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes. Objeto del recurso.

Breve resumen de los antecedentes:

Los actores son propietarios de los locales situados en los bajos de la Comunidad de Propietarios demandada sita en la CALLE000 nº NUM000 de ésta Ciudad. Estos locales no tienen acceso al portal de la Comunidad de vecinos.

En la Junta de Propietarios celebrada el 8 de marzo de 2.016 la Comunidad demandada adopta por mayoría en el acuerdo primero eliminar las barreras arquitectónicas del portal con bajada del **ascensor** a cota cero. A esta junta no acudieron Julia ni Justa puesto que no fueron debidamente citadas.

Luis Andrés acudió a esta Junta y votó a favor.

En fecha 30 de septiembre de 2.016 la Comunidad celebra otra Junta, en los acuerdos primero y segundo deciden aprobar las derramas consecuencia de las obras y las cantidades que debe abonar cada vecino. A esta junta acuden Julia e Justa , quienes tuvieron conocimiento de la junta por los vecinos. No consta los votos emitidos por las actoras en la Junta.

No acude Luis Andrés por no ser citado.

Con fecha 15 de mayo de 2.017 la Comunidad celebra otra Junta, se aprueba en el acuerdo segundo la liquidación de la deuda de los locales comerciales originada por la falta de abono de la segunda derrama acordada para la eliminación de barreras arquitectónicas.

El 18 de septiembre de 2.017 se celebra nueva Junta donde se acuerda (punto primero) el abono de la tercera derrama para el pago de las obras para eliminación de las barreras arquitectónicas. A esta junta asistieron los actores. No consta el voto emitido en el Acta.

En marzo de 2.017 se celebra acto de conciliación a propuesta de los actores que concluye sin acuerdo con la Comunidad.

En marzo de 2.017 los actores remiten burofax a fincas Kodex, administradora de la Comunidad advirtiéndole que si no se procedía a revocar el acuerdo se impugnaría judicialmente.

Los actores impugnan los acuerdos que acabamos de mencionar por incumplimiento de las formalidades para la convocatoria de las Juntas, no pudieron asistir por no estar debidamente citados, y además se les privó de



su derecho a voto, dos de las actoras asistieron a la segunda junta pero no consta su voto en contra. También alegan que no se liquida la obra para eliminación de barreras arquitectónicas y las que se refieren a la fachada y terrazas que sí están dispuestos a pagar.

La parte demandada contestó fuera de plazo a la demanda, se declaró en Rebeldía por el Juzgado.

La sentencia de instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa de los actores, excepción que nadie alegó si tenemos en cuenta la rebeldía de la parte demandada y que no puede estimarse de oficio. En cuanto a la citación para la convocatoria concluye que los actores conocían que se iba a realizar una Junta y que pudieron asistir, de hecho dos de las actoras acuden a dos de las juntas impugnadas.

Los actores se alzan contra la resolución alegando infracción de las normas procesales por incongruencia omisiva, la sentencia no resuelve las cuestiones planteadas en la demanda. Vulneración de los art. 16.2 y art. 9 LPH en relación a la citación de los actores, y error en la valoración de la prueba. Caso que no se estime este motivo solicita se resuelva sobre el fondo y, de acuerdo con los Estatutos de la Comunidad, se acuerde que los propietarios de los locales están exentos de contribuir a las obras de eliminación de las barreras arquitectónicas.

SEGUNDO.- Sobre la incongruencia omisiva .

El vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso. En suma, debe darse respuesta a las alegaciones que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo.

En este caso la sentencia estima la falta de legitimación activa que no se ha planteado formalmente por las partes ya que la demandada estaba declarada en rebeldía. Además, la falta de legitimación está mal resuelta, los propietarios de los locales son copropietarios del edificio y como afectados pueden ejercitar la acción, cuestión diferente es si les corresponde pagar o no por la realización de las obras, lo que pertenece al fondo del asunto.

La sentencia no resuelve las cuestiones planteadas en la demanda, una vez despejada la convocatoria a la junta, y habiendo decidido que fueron llamados y que pudieron conocer la reunión, debió entrar en el fondo de las cuestiones planteadas.

Al no resolver sobre las cuestiones de fondo y utilizar la falta de legitimación para evitar una resolución lógica y coherente, debe declararse la incongruencia de la sentencia.

El motivo debe prosperar.

TERCERO.- Vulneración de los art. 16.2 y art. 9 LPH . Error en la valoración de la prueba .

Los actores denuncian que no se les ha convocado a las Juntas impugnadas en la forma prevista en el **art. 9.1 LPH** , a las Sra. Justa y Julia no se les convocó a la de 8 de marzo de 2.016, ni a la de 30 de septiembre de 2.017, y al Sr. Luis Andrés tampoco se le convocó a ésta última, es por ello que solicitan se declare la nulidad de los acuerdos de las respectivas juntas que ya hemos mencionado en el fundamento primero.

Como recuerdan las SSTS de 18 de diciembre de 2007 y de 19 de septiembre de 2007 " *Con reiteración esta Sala ha señalado que nada impide, tanto desde el punto de vista sustantivo (art. 15, párrafo segundo, LPH), como probatorio, que se pueda considerar acreditado haber tenido lugar la citación de un comunero a la Junta general, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o del correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias y entre ellas la de que se trate de un sistema habitual de comunicación entre la Comunidad y los comuneros sin queja o protesta de sus integrantes (SSTS 13 de marzo 1997 ; 10 de julio 2003 , EDJ 50734 ; 22 de marzo 2006 , EDJ 31746); en definitiva, pese al carácter ius cogens de las normas reguladoras de la convocatoria, la jurisprudencia ha venido a flexibilizar el régimen con el fin de "dinamizar la vida de la comunidad y evitar que la pasividad de los copropietarios no entorpezca el funcionamiento de la institución, propugnando un criterio flexible en ésta y en otras cuestiones en armonía con las directrices de la propia Ley, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad (STS 5 de mayo de 2000 EDJ 2000/12157). Se trata, en definitiva, de armonizar los derechos de los comuneros con los de la propia comunidad, y ello permite, sin duda, dotar de eficacia situaciones que, aun alejadas de un formalismo extremo, no causan indefensión ni perjuicio a los comuneros ."*



El art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que las citaciones se entregarán, por escrito, en la forma establecida en su art. 9, con indicación de los asuntos a tratar, el lugar, día y hora en que se celebrará en primera o, en su caso, en segunda convocatoria, en el domicilio en España que hubiere designado cada propietario y, en su defecto, en el piso o **local** a él perteneciente, y solo si todo lo anterior no resultara posible, con la publicación en el tablón de anuncios o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la Comunidad, con el visto bueno del presidente.

La sentencia de 21 de junio de 2013, nº 292/2013, rec. 858/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 25 determina que se debe seguir en casos semejantes el siguiente criterio adaptado a las especiales características del asunto debatido en el presente recurso de apelación : *"El régimen de citación a las juntas de propietarios constituye uno de los aspectos formales de mayor importancia, y una de las principales fuentes de impugnación. Ello es debido a su especial trascendencia pues afecta directamente al ejercicio por parte de los propietarios de sus derechos dominicales, manifestados a través de la actuación del órgano supremo de la comunidad... En consecuencia, este es uno de los puntos que deben ser cumplidos con una mayor escrupulosidad por los convocantes de la junta, exigiendo el artículo 16.2 Ley de Propiedad Horizontal que las mismas deberán practicarse en la forma prevista en el artículo 9 LPH en el que se establece un orden de citación que no puede ser alterado por voluntad de la comunidad, ni del presidente, ni del administrador, lo que supone que primero debe citarse en el domicilio que se haya designado, en su defecto en la vivienda y sólo de forma subsidiaria y ante la imposibilidad de citación por estas dos vías será posible la citación por medio de edictos publicados en el tablón de anuncios de la Comunidad. Hay que admitir una necesaria flexibilidad en las citaciones pues el texto vigente no impone como obligatoria la citación por escrito, tal como imperativamente establecía el antiguo artículo 15 en su segundo párrafo, sino que el artículo 16.2 se remite al contenido del artículo 9 Ley de Propiedad Horizontal .*

A pesar del silencio legal sobre las citaciones por escrito, hay que seguir considerando que la citación, con carácter general, deberá ser realizada por escrito dada la expresa remisión al régimen de notificaciones y citaciones del artículo 9, del que se deriva la forma escrita como medio adecuado de citación o notificación, pues de otra forma no se puede entender la remisión de la comunicación al domicilio designado, y a la vez la publicación en el tablón de la citación impone necesariamente una forma escrita para poder proceder a la misma, pudiéndose admitir, no obstante, que en determinadas ocasiones es posible la citación a junta de forma verbal, siempre que se cumplan los requisitos de fijación de la fecha, día y hora de cada una de las convocatorias y se comunique igualmente el orden del día, especialmente en juntas extraordinarias ante la propia premura en la convocatoria .

Por otro lado la ley no exige forma fehaciente alguna para la citación de los propietarios a la junta correspondiente. Por ello en ocasiones surge el problema de la necesidad de probar la recepción de la citación. La respuesta a este problema no tiene una solución única, sino que depende de las circunstancias concretas y de la forma como se ha llevado a cabo la citación. En todo caso será admisible para acreditar la citación cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho, siempre teniendo en cuenta que la carga de la prueba de la citación corresponde a la comunidad de propietarios, lo que implica la necesidad de que por los órganos de gobierno de la misma se adopten las medidas suficientes para poder probar la citación. En tal sentido podría considerarse válida la prueba mediante la certificación del administrador, siempre que la misma no resulte contradicha por otros medios de prueba que se hayan practicado en las actuaciones ."

Descendiendo a nuestro caso y conforme a las reglas de la carga de la prueba, corresponde a la parte demandada acreditar que los actores, como copropietarios del edificio, fueron citados debidamente a la Junta, lo que pudo hacerse de forma escrita o simplemente verbal siempre que quede debidamente acreditado.

A la primera Junta celebrada el 8 de marzo de 2.016 asistió D. Luis Andrés , lo reconoce en la demanda y consta en el acta, en cambio, Julia y Justa afirman que ellas no conocieron la convocatoria y no asistieron, se enteraron del acuerdo en la siguiente Junta celebrada el 30 de septiembre de 2.016.

La parte demandada afirma que se les remitió la comunicación por correo electrónico, aporta copias remitidas por Kodex, empresa que lleva las gestiones de la comunidad (anexo nº 1, 2, y 3). El documento nº 1 se envía el 11 de marzo de 2.016, tres días más tarde que el que se celebra la Junta. Como asunto aparece: Teodulfo , 1 (acta y documentación), más bien parece que se remite el Acta de la Junta a alguno de los copropietarios, desde luego a ninguno de los actores.

Los anexos nº 2 y 3 (folios 96 y 97) son posteriores, no pueden servir para convocar esta junta pese a que se recoge como Teodulfo , .



Las comunicaciones las realiza un profesional para la Administración de Comunidades, por lo que debería haber actuado con mayor diligencia, incorporando a la comunicación el orden del día, y asegurándose la citación para todos los vecinos a los que podía interesar y afectarles los temas a tratar.

Alega la parte apelada que se les comunicó a los actores la convocatoria verbalmente, tanto por el Presidente de la Comunidad como por su hija y otros vecinos. Pues bien, este es un hecho que no queda acreditado, no podemos estimar como válida la declaración de los testigos al respecto puesto que son parte y han podido declarar a su propio favor alterando la verdad.

La convocatoria pudo colgarse en el portal, es una forma muy habitual de que los vecinos se tengan por citados, sin embargo, debe tenerse en cuenta que los propietarios de los locales no tienen acceso al portal ni a las escaleras de la comunidad, esta forma de citación no sirve para ellos.

Establece el art. 18 LPH que los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los Tribunales cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario, la acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo o al año en caso que sea contrario a la Ley o a los Estatutos.

Suponiendo que en este caso el acuerdo fuese en contra de los Estatutos de la Comunidad el plazo para su impugnación sería de un año desde que se conoció por las copropietarias. Afirman que fue en la siguiente Junta celebrada el 30 de septiembre de 2.017, por lo que no habría transcurrido un año hasta la interposición de la demanda (27 de septiembre de 2.017). No consta que se remitiese el acta a los actores con anterioridad a la fecha indicada. La excepción aunque no se alega en la instancia sería apreciable de oficio.

La falta de citación de las actoras es suficiente para declarar nulo el acuerdo, habiendo planteado una propuesta tan importante, la Comunidad y el Administrador de fincas debieron actuar con mayor diligencia y profesionalidad.

La segunda Junta se celebra el 30 de septiembre de 2.016, las actoras reconocen que acuden a la Junta, quien dice no se enteró y nadie le comunicó la convocatoria es Luis Andrés . Los acuerdos segundo y tercero impugnados nada tienen que ver con la eliminación de barreras arquitectónicas, se refieren a las obras en terraza y fachadas, cuestiones que los actores no impugnan en esta segunda instancia.

La declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de 8 de marzo de 2.016 hace innecesario conocer del resto, de nada serviría analizar los acuerdos adoptados en las sucesivas Juntas sobre las derramas y liquidación de las obras. La Comunidad deberá convocar a una nueva Junta extraordinaria citando correctamente a todos los copropietarios y donde se podrá presentar no solo el proyecto sino también las derramas y liquidación de las cuentas por la empresa que lleva la Administración de Fincas.

El recurso debe prosperar.

CUARTO.- Costas.

Las de la instancia se abonarán por la parte demandada; sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso, todo ello de conformidad con lo establecido en los art. 394 y 398 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por Luis Andrés , Justa y Justa representados por la procuradora Pilar Elorza contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento Ordinario nº 699/18, **REVOcando** la misma y, en consecuencia procede,

ESTIMAR la demanda interpuesta por Luis Andrés , Justa , y Julia representados por la procuradora Pilar Elorza declarando la **NULIDAD** de:

Los acuerdos de la Junta General celebrada por la Comunidad demandada el 8 de marzo de 2.016 y, en consecuencia, también de los acuerdos adoptados en las Juntas extraordinarias de 15 de mayo de 2.017 y 18 de septiembre de 2.017.

Con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada, y sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).



También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-00-1111-18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- 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 Letrada de la Administración de Justicia, certifico.