

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS POR EL PROPIETARIO AUSENTE EN LA JUNTA CUANDO NO MANIFESTA SU DISCREPANCIA EN EL PLAZO DE TREINTA DÍAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008¹

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
de la Universidad Complutense de Madrid
anaberocal548@hotmail.com

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 2008, en la que definitivamente se zanja una cuestión hasta ahora no exenta de cierta polémica sobre si los propietarios ausentes a una Junta tenían legitimación o no para impugnar los acuerdos del art. 17.1.1.ª LPH aprobados en la misma, pese a no haber manifestado su oposición a su adopción en el plazo de treinta días, y computarse tal voto presunto como voto favorable, tal como establece la Ley. Se fija por ello como criterio jurisprudencial definitivo que «el propietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el art. 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 de abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto».

Palabras clave: propietario ausente, impugnación de acuerdos, voto presunto, Junta de Propietarios, oposición y abstención a los acuerdos.

ABSTRACT

The present study analyzes the judgment of the Spanish Supreme Court, First Civil Division, of December 16, 2008, about a polemic issue referred to the fact if the absent owners at a Meeting had legitimization or not to challenge resolutions of the article 17.1.1 of the Spanish Horizontal Property Law (Ley de Propiedad Hori-

¹ «La Ley 216106/2008», diario *La Ley*, núm. 7.139, Sección «La Sentencia del día», 20 a 22 de marzo de 2009, año XXX, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, número de recurso 577/2003.

zontal, LPH) approved in that Meeting, in spite of not having opposed to its adoption in the period of thirty days. According to this, it is fixed as jurisprudential definitive criteria that «the absent owner at the Meeting, who to knows the agreement and does not demonstrate his discrepancy in the period of thirty days established in the article 17.1 of the Horizontal Property Law, Law 8/1999 of April 6, is legitimized to challenge it in accordance with the requirements established in the article 18, except if the challenging is founded in not having the qualified majority demanded by the Law».

Keywords: absent owner, challenging resolutions, owners' meeting, opposition and abstention to the agreements.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Untersuchung hat zum Ziel, den Rechtsspruch des Spanischen Obersten Gerichtshofs, Erste Zivilrechtskammer vom 16. Dezember 2008 zu untersuchen. In diesem Urteil wird abschließend eine Rechtsstreitfrage beigelegt, die bisher umstritten war: Ob die in einer Hauseigentümerversammlung abwesenden Wohnungseigentümer legitimiert sind oder nicht, die laut Art. 17 Absatz 1.1 des Spanischen Wohnungseigentumsgesetzes (Ley de Propiedad Horizontal, LPH) in einer Hauseigentümerversammlung verabschiedeten Beschlüsse anzufechten, obwohl sie nicht innerhalb von 30 Tagen dieses bekundet haben und daher Ihre Stimme der Beschlussmehrheit, wie im Gesetz festgelegt, zugerechnet wird. Als entgeltliches Rechtsurteil ergeht der Rechtsspruch, dass «dem in der Versammlung abwesenden Eigentümer, dem der Hauseigentümerversammlungsbeschluss mitgeteilt wurde und der keinen Einspruch innerhalb einer im Spanischen Wohnungseigentumsgesetzes (LPH) 8/1999 vom 6. April festgelegten Frist von 30 Tagen erhebt, nicht das Recht verwehrt wird, den Beschluss anzufechten, gemäss den formalen Voraussetzungen, wie sie im Art. 18 des Spanischen Wohnungseigentumsgesetzes vorgesehen sind, außer wenn die Anfechtung des Beschlusses darin gründet, Einspruch dagegen zu erheben, dass seine Stimme in Abwesenheit der Mehrheit der Stimmen zugerechnet wird».

Schlüsselwörter: Abwesender Eigentümer, Anfechtung von Beschlüssen, Sitzung von Inhabern, Widerspruch und Enthaltung der Stimme bei Beschlüssen.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. SUPUESTO DE HECHO Y DOCTRINA LEGAL DE LA SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008.—III. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS POR LOS AUSENTES EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—1. Legitimación activa del propietario ausente en el procedimiento de impugnación de acuerdos. El nuevo criterio fijado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformado por Ley 8/1999, de 6 de abril, regula la toma de decisiones por la comunidad de propieta-

rios a través de su órgano más representativo como es la Junta de Propietarios, que, a su vez, constituye el más importante órgano de gobierno de la comunidad al que se supeditan los demás órganos comunitarios. Todas las decisiones que se toman en el seno de la comunidad precisan del acuerdo de la Junta de Propietarios, que se obtiene, como es sabido, a través de la manifestación de voluntad de los copropietarios integrantes de la Junta mediante su voto en la misma, tras el consiguiente planteamiento y debate de las cuestiones referidas en el orden del día². De forma que los acuerdos válidamente adoptados obligan a todos los copropietarios, y sus consecuencias jurídicas y económicas afectan a todos, con independencia de su opinión, voto o voluntad individual de cada uno de los integrantes del colectivo de propietarios. La formación de esta voluntad comunitaria que determina la adopción o no de acuerdos para la buena marcha de la comunidad se sujeta al procedimiento previsto en el citado art. 17 y exige el sometimiento a las normas que en el mismo se contienen y que consagra un régimen de mayorías distinto según el tipo de acuerdo que se adopte. Así la norma 1.^a del art. 17 exige la unanimidad «sólo» para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad. Los párrafos segundo y tercero de la citada norma 1.^a, por su parte, regulan tres excepciones al criterio de la unanimidad, estableciendo para los acuerdos comunitarios a ellos referentes mayorías especiales. A su vez, la norma 2.^a del art. 17 regula otro supuesto de mayoría especial. En consecuencia, para el establecimiento o supresión de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general bastará el voto favorable de las tres quintas partes del total de propietarios, que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación; igual mayoría se requerirá para el arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble; para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, se requerirá, sin embargo, el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, represente la mayoría de las cuotas de participación; por su parte, para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los ser-

² J. ESTRUCH ESTRUCH y R. VERDERA SERVER, «La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación», en *Derecho Patrimonial Aranzadi*, núm. 3, Pamplona, 2000, p. 131.

vicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de la energía solar o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos bastará el acuerdo de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación, y para la validez de los demás acuerdos, la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Finalmente, el art. 17.1.IV LPH, a los efectos de completar el número de votos exigidos por la Ley para la adopción de ciertos acuerdos, establece la posibilidad de computar como votos favorables respecto de un determinado acuerdo los correspondientes a los propietarios que, debidamente citados, no hubiesen asistido (por sí o mediante representante) a la Junta, siempre que, un vez informados del acuerdo adoptado por los propietarios que sí estuvieron presentes o representados en la Junta, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales.

Frente a estas normas se fija, asimismo, en el citado precepto, como regla supletoria, el llamado procedimiento judicial de equidad. El juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre pago de costas.

Antes de la reforma por Ley 8/1999, el antiguo art. 16 regulaba dos grandes tipos de acuerdos: los que requerían la unanimidad (art. 16.1.I LPH) y los que simplemente requerían la mayoría simple (art. 16.2.II LPH) para su adopción. Junto a ellos, claro está, se regulaban los acuerdos que tuvieran por finalidad la supresión de las barreras arquitectónicas que dificultaran el acceso y la movilidad de personas con minusvalía, que podían adoptarse con el voto favorable de las tres quintas partes de las cuotas de participación (art. 16.1.I, inciso segundo, LPH), y los acuerdos que se adoptaran en la Junta reunida en primera convocatoria que, al igual que tras la reforma, exigían el voto favorable de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representan las mayoría de las cuotas de participación.

En todo caso, para la formación de las mayorías señaladas la Ley de Propiedad Horizontal tiene en cuenta dos elementos, el número de pro-

pietarios y las cuotas de participación que cada uno de los propietarios representa. Un sistema que ya existía antes de la reforma y que pretende conseguir un equilibrio entre personas y cuotas de participación es el llamado «sistema de la doble mayoría». Junto a este sistema de personas y cuotas de participación, el legislador, asimismo, sigue para el cómputo de esas mayorías otros dos criterios: el de la mayoría absoluta, computada sobre el total de los propietarios del edificio y sobre el total de las cuotas de participación, con independencia de que los propietarios estén presentes o ausentes en la Junta (art. 17, normas 1.^a y 2.^a, y en el supuesto de la primera convocatoria de la norma 3.^a), y el de mayoría relativa, esto es, mayoría sólo de los asistentes a la Junta, siempre que esta mayoría represente, a su vez, más de la mitad de las cuotas de los presentes. Al efecto se computa solamente sobre propietarios presentes, excluyendo a los ausentes. Este criterio se sigue solamente en un caso, cuando la Junta se celebra en segunda convocatoria, y se trata de acuerdos acogidos a lo dispuesto en la norma 3.^a del art. 17.

En este contexto, a esta voluntad mayoritaria de los propietarios integrantes de la Junta que permite la adopción de acuerdos en un perfecto régimen democrático, la LPH impone dos límites fundamentales: la Ley y los estatutos comunitarios. Cuando el acuerdo vulnera tales límites es lógico conceder al propietario o propietarios minoritarios la posibilidad de restablecer la legalidad mediante el ejercicio del derecho a la impugnación. Se trata este derecho de impugnar un derecho individual de todos los propietarios que va indisolublemente unido a su condición de tal. El art. 18 LPH, en su redacción dada por la reforma de 1999, establece un solo procedimiento para la impugnación de acuerdos de la comunidad; configura tres supuestos o causas de impugnación: cuando sean contrarios a la Ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios; cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios, y cuando supongan grave perjuicio para algún copropietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptados con abuso del derecho. Exige, asimismo, dos requisitos para que el propietario pueda impugnar los acuerdos de la Junta: 1) que se haya salvado el voto, haber estado ausente o no haber podido votar por haber sido indebidamente privado del derecho de voto, y 2) estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a su consignación judicial; con la única excepción de los acuerdos que afectan al establecimiento o modificación de cuotas de participación. Y establece dos plazos distintos de caducidad: 1) tres meses,

como norma general, y 2) un año, cuando se trate de actos contrarios a la Ley o a los estatutos. En todo caso, la impugnación solamente suspende la ejecución de los acuerdos si el juez, a solicitud de parte y oída la comunidad, lo acuerda con carácter cautelar.

La legitimación activa de los propietarios ausentes a los efectos de impugnación parece deducirse del tenor literal del párrafo cuarto de la norma 1.^a del art. 17, que debe primero manifestar su oposición en el plazo de treinta días naturales y luego interponer la demanda de impugnación en el plazo de tres meses o un año según los supuestos. Sin embargo, esta interpretación no es pacífica y plantea numerosas dudas, al no hacer falta, en opinión de otro sector de la doctrina, manifestar expresamente su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales. El Tribunal Supremo parece haber resuelto la cuestión a partir de la Sentencia de la Sala Primera núm. 930/2008, de 16 de diciembre, dictada en el recurso de casación 577/2003, fijando como criterio el derecho a impugnar los acuerdos adoptados por los propietarios ausentes, pese a no haber manifestado su oposición al acuerdo en el plazo indicado. Corresponde en el presente estudio analizar el contenido normativo de la mencionada resolución; para ello, trataremos primero de fijar los antecedentes fácticos del caso y la fundamentación jurídica en relación con la materia atribuida en las diferentes instancias judiciales; para luego centrar nuestro esfuerzo en el contenido normativo de la sentencia y, a la luz de las normas sobre propiedad horizontal antes y después de la reforma de 1999, como de las orientaciones de la doctrina, determinar lo acertado a nuestro juicio de la opción elegida por el Tribunal Supremo, como la doctrina jurisprudencial más acertada.

II. SUPUESTO DE HECHO Y DOCTRINA LEGAL DE LA SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008

La propietaria de un piso sito en Almería en la planta primera de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal destinado a oficinas promovió un juicio ordinario de impugnación de un acuerdo comunitario en una Junta de Propietarios celebrada el 5 de marzo de 2001 en que no estuvo presente el ausente, pese a ser debidamente citado. En tal acuerdo se acordaba la privatización de uno de los ascensores de la vivienda mediante la instalación de una cerradura electrónica que restringiera el uso del mismo y sólo permitiera su utilización por los propietarios de las viviendas.

La demandante alega que en la convocatoria de la Junta en la que se aprueba el mencionado acuerdo no se incluyó este punto, sino que, por el contrario, en el orden del día sólo se hizo referencia a la «información sobre ascensores», por lo que en ningún caso se podía saber que en esta Junta iba a adaptarse un acuerdo de tal naturaleza, suponiendo una violación de lo dispuesto en el art. 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La comunidad de propietarios se opuso a la demanda alegando, entre otros motivos, que el contenido del acuerdo adoptado en la Junta celebrada el 5 de marzo de 2001 traía causa del adoptado el 20 de enero de 2000, donde por la Junta se procedió a la aprobación del presupuesto para la instalación de los nuevos ascensores, señalando que este presupuesto respondía a un contrato celebrado con la empresa Zardoya-Otis en el que expresamente se recogía como una de las características de uno de los ascensores la instalación de una cerradura Otis Selock, no habiendo sido impugnado por la actora dicho acuerdo, pese a que mostró su oposición por carta a la posible privatización del ascensor.

Lo cierto es que en la Junta celebrada el 20 de enero de 2000 se procedió a la aprobación de un presupuesto para la instalación de dos ascensores, y tal presupuesto respondía a un contrato con la empresa Zardoya Otis en el que se pactaba la instalación de un ascensor que dispusiera de un mecanismo que restringiera su uso, como se refleja en la copia del acta de la Junta aportada por las partes y el contrato de instalación del ascensor presentado por la demandada. Sin embargo, en el orden del día de tal Junta no se hacía referencia alguna a la limitación en el uso del ascensor, no constando tampoco en el acta de la misma el que se debatiera específicamente sobre la instalación de cerraduras en los ascensores, y la propia parte demandada reconoció en prueba de interrogatorio que no se facilitó a los propietarios, con carácter previo a tal Junta, copia de los distintos presupuestos, que asimismo tampoco aparecieron reflejados en el acta, por lo que difícilmente tal cuestión pudo haber sido conocida por los propietarios ausentes. De otra parte, el hecho de que en el acta de la Junta de 5 de marzo de 2001 se exprese que «se vuelve a debatir sobre la privatización o no del ascensor», sometiéndose tal cuestión a la votación de los asistentes, sólo implica que tal tema pudo haberse discutido en otras Juntas anteriores (si bien no existe constancia alguna en las actas aportadas al presente procedimiento), pero no que se hubiera adoptado acuerdo alguno sobre tal cuestión. De la misma forma, la carta remitida por el marido de la actora a la presidenta tan sólo acredita la existencia de un debate sobre este aspecto en el seno de la comunidad de propietarios, pero no que se hubiera adop-

tado acuerdo alguno en tal sentido. En definitiva, se llega a la conclusión de que es en la Junta celebrada el 5 de marzo de 2001 cuando se aprueba la privatización del ascensor, por lo que debe de desestimarse la excepción de caducidad al venir ésta planteada en relación al acuerdo de 20 de enero de 2000, totalmente distinto, según lo expuesto, del que es objeto de impugnación en este procedimiento.

Asimismo, la parte demandada alega también la excepción de la falta de legitimación de la actora, por entender que, al no haber asistido a la Junta del día 5 de marzo de 2001, había votado de forma favorable al acuerdo, al no haber mostrado su oposición al mismo dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acta que recogía dicho acuerdo, y que, por tanto, quedaba privada de la posibilidad de impugnación. Tal alegación, ciertamente bien construida, ha de ser, no obstante, desestimada. En efecto, en el art. 17, apartado primero, de la Ley de Propiedad Horizontal, después de señalar las materias sobre las que exige un quórum especial o mayoría calificada en la votación, dispone que: «A los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, 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 art. 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción». Tal precepto ha de ponerse en relación con el art. 18.2 de la citada Ley, que dispone taxativamente que «estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Almería dictó Sentencia de 18 de octubre de 2001, en juicio ordinario 306/2001, y estimó la demanda interpuesta por don José Molina Cubillas, en nombre y representación de doña Inés, contra la comunidad de propietarios del edificio 000, sito en Almería en la calle 000, núm. 000, y declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios el día 5 de marzo de 2001 relativo a «la privatización de un ascensor», ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, al considerar que el acuerdo de limitación del uso del ascensor adoptado en la Junta de 5 de marzo del presente año no estaba incluido en el orden del día, que sólo hacía referencia a la «información sobre ascensores», sin ninguna alusión a tal restricción del uso de un elemento común, siendo manifiesta la relevancia de tal asunto, que puede

producir consecuencias muy perjudiciales para la parte actora, en cuanto que su finca está precisamente destinada a oficinas. Por todo ello, se entiende que tal acuerdo vulneró lo dispuesto en el art. 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que debe declararse su nulidad de acuerdo con los núms. 1.a) y 3 del art. 18 de la citada Ley. Y ello, obviamente, sin perjuicio del derecho de la comunidad demandada de volver a someter a votación la privatización de los ascensores, convocando de forma legal la nueva Junta sobre tal materia.

Interpuesto recurso de apelación por la comunidad de propietarios, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia núm. 278, de 7 de noviembre de 2002, en el rollo de apelación 109/2002, estimando el recurso deducido contra la Sentencia dictada con fecha 18 de octubre de 2001 por el señor juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Almería sobre juicio ordinario de los que deriva la presente alzada, y revocó dicha resolución, y en su consecuencia, desestimó la demanda deducida por doña Inés contra la comunidad de propietarios del edificio 000 de esta capital sobre impugnación de acuerdos adoptados en Junta general de 5 de marzo de 2001, absolviendo a la demandada de los pedimentos de la actora con imposición a ésta de las costas de primera instancia, y todo ello sin hacer especial imposición de costas en esta alzada.

La Audiencia basó su decisión en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«Primero. Que en el presente caso hemos de partir de la consideración sobre la naturaleza del recurso que nos ocupa, de apelación contra sentencia dictada en causa civil en primera instancia, atendiendo a que la misma no se constituye en nuestro ordenamiento procesal como un nuevo proceso en el que puedan las partes aducir nuevas peticiones. No se pretende —ni se permite— repetir en segunda instancia aquellas actividades de alegación y de prueba que son propias de la primera, sino sólo que otro órgano judicial emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia y a la vista de los hechos alegados y de las pruebas practicadas en ella. Dice la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, en su núm. XIII: “se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio en que puedan aducirse toda clase de hechos o argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso”. Y decimos esto por ser de aplicación al presente caso, en el que nos encontramos con una actividad de las partes en primera instancia que centran la controversia jurídica en la pretensión de la actora de nulidad de un acuerdo de

Junta de condueños celebrada en 5 de marzo de 2001 relativo al elemento común ascensor, por el que se extralimita el contenido de su convocatoria, a lo que se opone la comunidad demandada, quien niega capacidad de impugnación a la actora.

Segundo. Que en el presente procedimiento, y en orden al debate jurídico planteado por las partes en el recurso, estimamos procedente partir de la consideración que nos merece la problemática de la impugnación de acuerdos adoptados en Junta de la Comunidad por parte de los comuneros —lo que constituye el objeto del presente proceso—, atendiendo el contenido de los arts. 17 y 18 LPH de 21 de julio de 1960, que fueron reformados por la Ley 8/99, de 6 de abril, y en cuya modificación se indica la pretensión de dotar a la Junta de una prerrogativa en cuanto a la efectividad de los acuerdos, que parte de una limitación en cuanto a la facultad de impugnar los mismos que queda reducida, por imperativo del cambio que sufre el art. 18 de la misma, a una serie de copropietarios que deben reunir los requisitos de haberse opuesto o salvado su voto si fue asistente a la Junta, o si concurre el que no fuera asistente por cualquier causa, y finalmente los que indebidamente hubieren sido privados de su voto, imponiendo a todos ellos la obligación de estar al corriente en el pago de las deudas vencidas con la comunidad. Tal sistema representa una modificación respecto del anteriormente vigente derivado de Ley 49/60, de 21 de julio, y Ley 2/88, de 23 de febrero, en el sentido de dotar de estabilidad al acuerdo comunitario, corrigiendo defectos en cuanto a la efectividad y ejecución del mismo, tanto en orden a evitar al comunero moroso-dilatorio, como al comunero que presta su consentimiento en Junta y posteriormente cambia de criterio e impugna el acuerdo, imponiendo como condición el que se hubiere opuesto al acuerdo sin más salvedad que el que hubiere sido privado de su derecho.

Tercero. Que en el caso del comunero no asistente, tal situación fáctica de su no presencia en la Junta no le priva de la limitación anterior, ya que, aun cuando no pudo exponer su oposición, la normativa vigente le permite hacerlo en el plazo de treinta días desde la notificación del acuerdo adoptado, momento desde el que puede mostrar su discrepancia, con la salvedad de que si no lo hiciera se computará su posición como favorable al acuerdo, en cuyo supuesto se considerará de igual forma que en el caso del presente aceptante del acuerdo discutido. No cabe hacer otra consideración para interpretar tales situaciones, toda vez que la norma en ningún modo podrá primar al comunero que no acuda a la Junta y, por tanto, no vote y después se le notifique el acuerdo y no muestre oposición, frente al comunero que asiste. Es evidente que la única posibilidad que el no asis-

tente a la Junta tiene consiste pasa por la formulación de su oposición al acuerdo, que puede ejercer vía de oposición y posteriormente de demanda impugnadora del acuerdo o bien directamente por esta última, pero siempre que muestre su oposición en el término de treinta días, ya que de otro modo la consideración de su voto será favorable al acuerdo por imperativo del precitado art. 17 LPH vigente.

Cuarto. Que estimamos adecuado entrar a continuación en el debate de las partes realizado sobre el momento de generación del acuerdo, aduciendo la actora-apelada que se trata de un acuerdo no debatido anteriormente, a lo que se opone la demandada-apelante manifestando la relación del acuerdo de 5 de marzo de 2001 con acuerdos anteriores sobre ejecución de obras en los ascensores del inmueble comunitario. Tal discusión no puede merecer la consideración de mera dialéctica, habida cuenta que la Junta anterior aducida por la parte demandada-apelante de 20 de enero de 2000 sí motivó la oposición de comuneros no asistentes al posible acuerdo derivado de la obra de ascensor, lo que generaría su legitimación impugnatoria. Mas de lo actuado se deduce que el acuerdo discutido en orden a la privatización de uno de los dos ascensores de la finca no se adopta hasta la Junta de 5 de marzo de 2002, ya que el acuerdo anterior únicamente hablaba de aprobación de presupuesto de obras, entre las cuales es cierto que estaba la colocación de un tipo de cerradura en ascensor, pero ello no significaba en modo alguno la privatización del mismo, ya que no se hacía mención expresa a ningún acuerdo sobre el destino que se iba a dar a tal cerramiento. Destino sobre el que no se debate, el cual no tiene lugar hasta la última Junta citada en la que, incluso de forma expresa, se vota sobre tal uso exclusivo, lo que evidencia la indefinición anterior del uso, debiendo, por tanto, atenernos en cuanto a la impugnación del acuerdo al adoptado en dicha Junta de 2001 sin referencias anteriores. Por otro lado, es de señalar que la oposición al acuerdo de enero de 2000, en todo caso se realiza por los señores José Luis y Domingo, sin que la señora Inés intervenga en tal oposición salvo en el caso de ser considerada como tal la oposición de su esposo don Domingo, todo ello conforme se expresa en la documental obrante en autos.

Quinto. Que en el presente caso nos encontramos con que el acuerdo adoptado por la Junta de Condueños de 5 de marzo de 2001 le fue notificado a la demandante hoy apelada en 27 de marzo de 2001, no habiendo formulado oposición, presentando su demanda hasta el día 25 de mayo, debiendo ser ésta considerada, al haber transcurrido el plazo citado, como favorable a dicho acuerdo, quedándole vedada la impugnación judicial que ahora pretende. Máxime si tenemos en cuenta a meros efectos dialéc-

ticos que, asimismo, al haber sido tomado el acuerdo ante el que hay oposición, aun cuando sea de tercero, en enero de 2000, a la fecha de presentación de la demanda han transcurrido más del año que como tope máximo se concede para la impugnación de acuerdos.

Sexto. Que hemos de significar que ello no representa, como dice la parte apelada, una sutil modificación de la fundamentación opositora de la parte demandada aduciendo ahora la falta de oposición al acuerdo de la Junta celebrada en marzo de 2001 cuando en su contestación a la demanda se hablaba de falta de oposición al acuerdo de la Junta de enero de 2000 antes citada, ya que si examinamos la contestación a los hechos 2 a 5 de la demanda en su apartado D) se cita expresamente el acuerdo de 5 de marzo de 2001 notificado el día 27 de marzo siguiente y la no-oposición al mismo, lo que evidente su alegato como causa de oposición, la que reitera en sus fundamentos jurídicos al establecer el V de su escrito de contestación. Por lo que consideramos procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia dictada en primera instancia».

La actora preparó e interpuso recurso de casación, con apoyo en un único motivo, con el siguiente contenido: «Al amparo de lo prevenido en el punto 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, por infracción del art. 18.3 en relación con el art. 17.1.^a, párrafo 4.º, ambos de la LPH 49/1960, en sus respectivas redacciones dadas por la Ley 8/1999, de 6 de abril». Todo ello por no haber transcurrido aún cinco años desde la entrada en vigor de la norma aplicada.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, tras admitir el recurso de casación, dicta Sentencia el 16 de diciembre de 2008 en la que se declara haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia:

- 1.º Casa la sentencia recurrida, que declara sin valor ni efecto alguno.
- 2.º Desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, imponiendo las costas del recurso de apelación a la parte demandada y apelante.
- 3.º Se fija como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el art. 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 de abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto.
- 4.º No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

La sentencia apoya la doctrina jurisprudencial que establece sobre la materia en los siguientes argumentos jurídicos contenidos en su Fundamento de Derecho 4.º bajo la rúbrica «El derecho de impugnación por el copropietario ausente de la junta que no manifiesta su disconformidad en el plazo de treinta días», disponiendo al efecto: «La LPH ha sufrido en 1999 (Ley 8/1999, de 6 abril) una modificación del sistema de mayorías cualificadas para la adopción de determinados acuerdos, la cual ha sido realizada con el fin de facilitar la adopción de dichas mayorías. Para ello se ha reformado la redacción del precepto que prevé los efectos de la ausencia de disconformidad del propietario ausente a quien se notifica el acuerdo. Los comuneros que no votan a favor del acuerdo que requiere mayoría cualificada ya no quedan vinculados por el mismo, como sucedía en la redacción originaria, sino que se “computará” su voto como favorable al acuerdo sólo a los efectos de lo establecido en los apartados que establecen la necesidad de una mayoría cualificada (“a los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma”). En correspondencia con ello, no se modifica el art. 18 LPH, en el cual se mantiene como requisito para poder impugnar el acuerdo, únicamente respecto de los copropietarios presentes en la Junta, que hayan salvado su voto o votado en contra del acuerdo.

En la redacción anterior de la Ley, el propietario obligado a manifestar su disconformidad que no lo hacía en el plazo de treinta días, supuesto contemplado en la STS de 17 de noviembre de 1995, quedaba vinculado por éste (“se entenderán vinculados”, se decía, sin referencia alguna a que esta disposición quedara limitada a los efectos de la adopción de mayorías) como si hubiera emitido una declaración de voluntad favorable a la adopción del acuerdo. En la nueva redacción la no-manifestación de conformidad únicamente produce sus efectos, a tenor de la previsión expresa de la Ley, en relación con el cálculo de las mayorías cualificadas al efecto de computar como favorable el voto omitido.

Confirma esta interpretación el último apartado del núm. 1.º del art. 17 LPH, pues en él, con respecto a los acuerdos para los cuales se exige mayoría cualificada o a los acuerdos de supresión de barreras arquitectónicas a los que se refiere la atribución a la no-disconformidad de los efectos propios del voto favorable, se establece que “[l]os acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios”. Con ello se precisa que el efecto que se atribuye a la no-manifestación de disconformidad en el plazo establecido es la formación de la mayoría necesaria y el consiguiente nacimiento del carácter obligatorio del acuerdo, al igual que sucede con los adoptados por mayoría con-

forme a los siguientes apartados, pero no la supresión de la facultad de solicitar su anulación por unos u otros propietarios si concurren los requisitos para ello, pues resulta evidente que el carácter obligatorio y la consiguiente ejecutividad de un acuerdo no impiden su impugnación durante el plazo establecido por la Ley. Así lo presupone la LPH al vincular el efecto obligatorio para “todos los propietarios”, sin distinción, a que los acuerdos estén “válidamente” adoptados, admitiendo implícitamente que los que no reúnan esta condición podrán ser impugnados, en principio, por “todos” ellos, sin más restricciones que las que resultan con carácter general del art. 18.3 LPH.

Esta interpretación es, asimismo, congruente con la ampliación de los plazos de impugnación, que pasan a ser de tres meses o un año según los casos, frente a la regulación anterior, en la que plazo de impugnación era de treinta días. No consideramos admisible la postura de entender que la nueva LPH ha pretendido restringir la posibilidad de impugnación de los acuerdos; antes bien, se advierte que se ha pretendido facilitar la adopción de mayorías cualificadas a cambio de establecer un plazo más amplio de impugnación, el cual se concibe como un plazo de reflexión sobre la posibilidad de impugnar el acuerdo por motivos ajenos a la formación de la mayoría que dependa de la conformidad del ausente, el cual quedaría privado de este plazo si se le obligase a presentar la demanda o a manifestar su disconformidad en el plazo de treinta días para entablar cualquier tipo de impugnación.

En suma, no puede darse al requisito establecido en el art. 17 LPH un efecto restrictivo de los derechos del copropietario más extenso que el que la ley establece, pues ello comportaría privar de legitimación para recurrir el acuerdo y, consiguientemente, del derecho a la tutela judicial efectiva por una causa no prevista en la Ley, ya que en ella únicamente se contempla la falta de disconformidad del propietario ausente para la formación de mayorías cualificadas y, en consecuencia, esta falta no puede impedir la impugnación del acuerdo por causas distintas de la inexistencia de la mayoría cualificada exigida por la Ley que dependa de la disconformidad del impugnante.

Manifiesta la parte recurrida que la interpretación de la LPH que acaba de hacerse hace de peor condición al copropietario presente que no salva su voto, el cual carecería de legitimación para recurrir, según literalmente se desprende del art. 18.2.º LPH, frente al propietario ausente, poco diligente en el ejercicio de sus deberes, que no manifieste su discrepancia en el plazo de treinta días desde la notificación del acuerdo.

Sin embargo, esta implícita apelación al principio de igualdad no puede ser aceptada, pues la situación de ambos propietarios no es idéntica ni comparable. Al propietario presente se le aplica la regla de los actos propios fundada en la existencia de una manifestación de voluntad expresa (voto favorable) o presunta por los actos concluyentes consistentes en su participación en la Junta, unida al hecho de no haber salvado su voto, mientras que respecto del propietario ausente su voluntad favorable al acuerdo no puede deducirse de actos concluyentes, sino que la Ley se limita a conectar a la ausencia de manifestación de disconformidad, que por sí misma tiene únicamente el valor propio del silencio, los efectos de conformar la mayoría cualificada con el fin de evitar la dificultad de obtener el consentimiento de los propietarios que no asistieron a la Junta, facilitando con ello la adopción de acuerdos, pero nada permite suponer que no se deje a salvo su posible impugnación ni que pretenda penalizarse a quienes no asisten a la Junta limitando sus facultades de impugnación de los acuerdos adoptados en ellas.

Finalmente, la interpretación que propugna la parte recurrente presenta el inconveniente lógico de que el art. 17 LPH exige únicamente la manifestación de disconformidad cuando se trata de la aprobación de acuerdos que requieren la mayoría cualificada, pero no cuando se trata de acuerdos que no requieren esta mayoría, con el resultado absurdo de que la impugnación de los primeros estaría más restringida, a pesar de su mayor relevancia y su consiguiente potencialidad de causar mayor gravamen a los derechos de los copropietarios y a los intereses de la comunidad.

Procede, en consecuencia, fijar como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el art. 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto».

III. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS POR LOS AUSENTES EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Antes de la reforma por Ley 8/1999, como ya manifestamos, en el antiguo art. 16.1.^a, párrafo 1.º, LPH, para los acuerdos cuya adopción se exigía el voto favorable de todos los propietarios, es decir, la unanimidad, se señalaba en el párrafo 2.º que «los propietarios que, debidamente citados,

no hubieren asistido a la Junta serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes, y si en el plazo de un mes, a contar de dicha notificación, no manifiesta en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad».

Por su parte, en relación con la impugnación disponía el art. 16.4.^a que: «los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos será impugnados ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el juez ordene la suspensión.

La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne».

De forma que el propietario debidamente citado para la Junta, y conecedor de los asuntos a tratar en el orden del día, que no asistía ni personalmente ni por representación a la Junta, como tal propietario ausente tenía respecto de los acuerdos adoptados por los presentes y asistentes a aquella, una vez que se le notificaban, la posibilidad de oponerse a los mismos en el plazo de un mes; ahora bien, si no manifestaba tal oposición en dicho plazo, se entendía que consentía tácitamente el acuerdo y quedaba «vinculado» por el mismo, como si lo hubiera votado expresamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1995)³. Se hablaba de un voto presunto que sólo se aplicaba a los acuerdos que exigían la adopción por unanimidad. En tanto no transcurriese el plazo de un mes, o antes del mismo, si el propietario ausente manifestaba su oposición u optaba por consentir expresamente, los acuerdos adoptados en la Junta no eran ejecutivos, es decir, no existían como tal acuerdo unánime hasta que no se contase con el voto presunto del propietario ausente. Si éste manifestaba su oposición, el acuerdo no se adoptaba, no tenía existencia real, al no haberse logrado la unanimidad, y, en consecuencia, no será necesaria su impugnación judicial; si, en cambio, mostraba expresamente su conformidad, o simplemente dejaba transcurrir el plazo de un mes sin haberse opuesto al mismo, tal silencio implicaba prestar un consentimiento tácito a tal acuerdo (voto presunto) y no podía ser considerado como propietario disidente, que era el requisito que el citado art. 16.4.^a, párrafo 2.º, LPH, exigía para la impugnación de los acuerdos comunitarios en los términos expuestos.

³ RJ1995/8734, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, señalaba en su Fundamento de Derecho 1.º que «quien conociendo la petición y el acuerdo que se proyectó no manifiesta una voluntad discrepante, para el art. 16 LPH queda vinculado por el acuerdo. En otras palabras, el silencio se conceptúa como aprobación por la propia LPH».

El propietario ausente que no manifestaba, por tanto, su discrepancia u oposición al acuerdo en el plazo de un mes, bien podía consentirlo de forma expresa, o tácitamente mediante voto presunto, si se mantenía en silencio en tal plazo de tiempo. En estos dos supuestos quedaba «vinculado» por el acuerdo y, al no ser propietario disidente, no podía, asimismo, impugnar el acuerdo.

Tras la reforma por Ley 8/1999, el art. 17.1.^a, párrafo 4, establece que «a los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, 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 art. 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción».

Por su parte, se dispone en el art. 18.2 y 3 lo siguiente: «2. Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario 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. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el art. 9 entre los propietarios. 3. 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 art. 9». De ambos preceptos se deduce que ahora el mecanismo de obtención del voto presunto se amplía a otros acuerdos; además de los que se adopten por unanimidad, hay que aplicar esta norma a los que exigen una mayoría cualificada, esto es, los que exigen el voto favorable de los propietarios que supongan los tres quintos del total de propietarios que tengan la comunidad, siempre que, a su vez, representen, al menos, las tres quintas partes de las cuotas de participación (art. 17.1.II LPH), y el voto favorable de la mayoría del total de los propietarios de la Comunidad que, a su vez, representen la mayoría del total de las cuotas de participación (art. 17.1.III LPH); por otra parte, el plazo en que se ha de manifestar la oposición o discrepancia al acuerdo del propietario ausente es

de treinta días naturales, y no de un mes como en la regulación anterior, siempre que hayan sido informado del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el art. 9, sin mayor requisito de forma⁴. En todo caso, la innovación más importante tras la reforma en esta materia lo constituye el alcance que tiene el silencio del propietario ausente. Si antes el legislador de 1960 consideraba que el propietario que no manifestaba su discrepancia en el plazo de un mes desde que se le notificaba el acuerdo adoptado por los presentes, esto es, aceptaba tácitamente el acuerdo, o mostraba su conformidad expresamente, quedaba «vinculado» por el acuerdo y no se le podía considerar como propietario disidente a los efectos de impugnación; con la regulación actual la no oposición al acuerdo de los presentes dentro del plazo de treinta días no implica, sin embargo, que el propietario quede vinculado, sino que el silencio del mismo «se computa como voto favorable al acuerdo». Por tanto, para lograr la unanimidad o las mayorías cualificadas del art. 17.1.^a es necesario que el propietario ausente no manifieste su discrepancia o simplemente consienta expresamente el acuerdo, a los efectos de obtener el quórum necesario

⁴ El art. 9.1.b) hace referencia a la comunicación edictal. Dispone el citado precepto que son obligaciones de cada propietario: «b) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad. En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo.

Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, 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 notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales».

El Tribunal Supremo tiene una consolidada doctrina en cuanto al inicio del cómputo para los ausentes de las reuniones y la obligatoriedad por parte de los órganos representativos de la comunidad de notificar el acuerdo a los mismos en la forma determinada en el art. 9 LPH, señalando algunas sentencias el carácter de fehaciencia que requiere dicha comunicación: en este sentido, las SSTs de 7 de abril de 1997, 2 de marzo de 1992, 16 de octubre de 1990 y, en especial, por su similitud al presente caso, la Sentencia de 21 de mayo de 1976.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 22 de diciembre de 2008, rec. 1213/2003, «La Ley 216107/2008», diario *La Ley*, núm. 7.147, Sección «La Sentencia del día», 1 de abril de 2009, año XXX, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, fija en su Fundamento de Derecho 4.º como doctrina jurisprudencial que «la comunicación al copropietario ausente de los acuerdos de las juntas prevista en el art. 18.3 LPH debe verificarse en la forma establecida en el art. 9 LPH y sólo puede presumirse la práctica de la notificación si se demuestra, de acuerdo con las circunstancias, el conocimiento detallado por el copropietario ausente del acuerdo adoptado por la junta».

para la adopción de los acuerdos. Lo que supone, atendiendo a lo dispuesto en el art. 18.2 LPH, que el ser disidente sólo se exige para los propietarios presentes («salvado su voto en la Junta»), pues los ausentes «por cualquier causa» están legitimados para impugnar los acuerdos aprobados en la Junta a la que no asistieron, sin mayores requisitos.

De forma que, para obtener la unanimidad o las mayorías especiales señaladas, el voto presunto de los ausentes se tiene en cuenta exclusivamente a los efectos de poder contabilizar el número de votos favorables necesarios para su adopción con el quórum que fija la Ley. Por supuesto, para que pueda adoptarse este tipo de acuerdos será necesario que los propietarios presentes en la Junta voten a favor del acuerdo que se trate en un número suficiente para que, sumados estos votos a los votos presuntos o a las adhesiones expresas de los ausentes, puedan dar lugar a la unanimidad o mayorías correspondientes. Por ello, si en caso de unanimidad algunos de los propietarios presentes votan en contra, no habrá que esperar a computar el voto presunto de los ausentes, pues ya no es posible conseguir la unanimidad, y lo mismo respecto de las mayorías legales requeridas, cuando la suma de todos los votos de los ausentes tampoco permita conformar aquéllas. Asimismo, puede ocurrir que, aunque un propietario ausente se oponga al acuerdo en el plazo de treinta días, los votos expresados de los presentes y el voto presunto de los restantes ausentes (o su adhesión expresa) permitan obtener la mayoría requerida. O incluso no hace falta esperar a que trascurra el plazo de treinta días si los propietarios ausentes manifiestan su conformidad expresa al acuerdo antes, o simplemente su disconformidad, permitiendo en ambos casos la adopción o no del acuerdo anticipadamente. En cualquier caso, los acuerdos válidamente adoptados trascurrido el plazo indicado obligan a todos los propietarios y serán ejecutivos, salvo que la Ley previere lo contrario. El art. 19.3 LPH señala que el acta deberá cerrarse con las firmas del presidente y del secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes; si bien dicho cierre, y, por consiguiente, la ejecutividad de los acuerdos, queda predeterminada al transcurso del citado plazo. El acta de las reuniones se remitirá a los propietarios de acuerdo en el procedimiento establecido en el art. 9, por lo que desde su recepción comienza el plazo para efectuar la impugnación.

En todo caso, el voto presunto se aplica a los propietarios ausentes, es decir, a los que no comparecen o asisten a la Junta, como igualmente a los que asisten a la Junta y se ausentan de ella antes de la votación⁵. En este

⁵ Vid. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.ª, de 17 de abril de

supuesto, como señalan Estruch Estruch y Verdera Server, «si dicho propietario llegó a votar algunos acuerdos, respecto de ellos no tendrá legitimación para impugnarlos (a menos que, votando en contra de los mismos, hubiese solicitado que su oposición constara en el acta), pues estuvo presente en su adopción y no se el privó indebidamente de su derecho de voto, pero, por el contrario, entendemos que sí estará legitimado para impugnar los acuerdos que, debido a su ausencia de la Junta, no llegó a votar»⁶. Por otra parte, para Gómez de la Escalera «lo relevante para la aplicación del mecanismo legal que nos ocupa es que el propietario no haya tenido la oportunidad de votar al tiempo que lo hacen los propietarios presentes en la Junta y tampoco haya manifestado su voluntad contraria a lo que será objeto de votación por los asistentes»⁷.

1. Legitimación activa del propietario ausente en el procedimiento de impugnación de acuerdos. El nuevo criterio fijado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008

Como regla general, el art. 18.2 señala que la legitimación activa corresponde únicamente a los propietarios de viviendas o locales del inmueble que: 1) sean propietarios en el momento de celebración de la Junta⁸, y 2) hayan salvado su voto en la Junta, si hubieran estado presentes; o no haber estado presente, esto es, a los ausentes por cualquier causa; y a los que hubiesen sido indebidamente privados de su derecho de voto.

Para los presentes se requiere, pues, haber salvado su voto⁹. Basta con que hayan votado en contra, sin que precise la manifestación expresa de la

2002 (JUR 2002/166339), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Javier Pérez Pérez, y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de octubre de 2003 (JUR 2004/49663), Ponente: Ilmo. Sr. D. Máximo Román Godás Rodríguez.

⁶ J. ESTRUCH ESTRUCH y R. VERDERA SERVER, «La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación», *op. cit.*, p. 203.

⁷ C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la Junta cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los treinta días», en *La Ley*, núm. 7.186, año XXX, lunes 1 de junio de 2009, p. 5.

⁸ *Vid.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006/134495), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro, y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 28 de febrero de 2008 (JUR 2008/191480), Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ángeles Gil Marqués.

⁹ *Vid.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de junio de 2001 (AC 2001/1306), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2002 (JUR 2002/212019), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sec-

intención de impugnar¹⁰. Si se abstuvo no puede luego impugnar, ya que la ley exige expresamente salvar su voto¹¹.

Para los ausentes, sobre la base de lo previsto en el art. 17.1.IV LPH, la doctrina se muestra dividida en cuando al alcance de la impugnación del acuerdo obtenido con el voto presunto. Para una parte mayoritaria de ella,

ción 4.^a, de 20 de octubre de 2002 (AC 2002/2269), Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José Arroyo García; de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a, de 11 de diciembre de 2003 (JUR 2004/64619); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a, de 21 de mayo de 2004 (AC 2004/1442), Ponente: Ilma. Sra. D.^a Myriam Sambola Cabrer; de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.^a, de 11 de marzo de 2005 (JUR 2005/116051), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Adolfo Mallo Mallo; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a, de 27 de octubre de 2005 (JUR 2006/16177), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Toro Peña; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 16 de marzo de 2006 (JUR 2006/132536), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez Aldecoa Lorente, y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/136476), Ponente: Ilmo. Sr. D. Iñigo Suárez Odríoloza.

¹⁰ Vid. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 12 de septiembre de 2002 (JUR 2002/272322), Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera, y de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004/83999), Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Millar.

¹¹ Para J. ESTRUCH ESTRUCH y R. VERDERA SERVER, «La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación», *op. cit.*, pp. 200-201, la expresión legal «salvado su voto en la Junta», a semejanza de lo que ocurre para la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades anónimas (art. 117.2 LSA), no es suficiente que el propietario haya votado en contra, sino que, además, tendrá que solicitar que conste en el acta su oposición al acuerdo. Lo que, en cierto modo, es imponer de manera injustificada y sin necesidad el régimen de impugnación de los acuerdos sociales establecido en las leyes mercantiles a los acuerdos de las comunidades de propietarios, cuando, evidentemente, los supuestos, intereses y sujetos afectados en ambos casos son muy distintos.

En todo caso, como manifiesta J. J. HURTADO YELA, «El deber de salvar el voto en la Junta de Propietarios. Análisis de un requisito formal previo a la impugnación de la Junta de Propietarios», en *Actualidad Civil*, 2.^a quincena de mayo de 2008, núm. 10, p. 989, existe una gran división tanto doctrinal como jurisprudencial acerca del alcance de la expresión «salvar el voto», pero hay un punto de encuentro, la expresión actual «salvar el voto» es más restrictiva que la anterior «propietario disidente», pues ésta incluía a los propietarios que asistiendo o no a la Junta no estaba conforme expresa o tácitamente con el acuerdo, mientras que aquí es necesario al menos votar en contra del acuerdo.

Para V. MAGRO SERVET, «Los ausentes quedan legitimados para impugnar los acuerdos del art- 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal aunque no manifiesten su discrepancia en el plazo de treinta días desde su notificación», en *La Ley*, año XXX, núm. 7.159, miércoles 22 de abril de 2009, pp. 1-2, la expresión «salvar el voto» viene del derecho de sociedades, en donde sí que se exige a los administradores de las sociedades mercantiles que pretendan exonerarse de responsabilidad en su actuación al frente del órgano de administración que hagan y manifiesten aquellos puntos o aspectos del acuerdo o medida a adoptar por el Consejo de Administración con el que no están de acuerdo. Mal podía así compaginarse una actitud distinta de la de votar en contra de un acuerdo con el hecho de querer luego impugnarlo son haberse opuesto expresamente a él con la actitud —al menos, dice la legislación mercantil aplicable en línea interpretativa a la LPH— de votar en contra del acuerdo adoptado.

el ausente sólo está legitimado para impugnar cuando hubiera manifestado su oposición al acuerdo adoptado por los presentes dentro del plazo de treinta días, pues la aceptación tácita del acuerdo comunitario, esto es, la presunción de voto favorable de los ausentes que no se oponen en dicho plazo, les priva de la facultad de impugnación, aunque no haya caducado el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación del art 18 LPH. Para el resto de los supuestos del art. 17 LPH no existe esta presunción, por lo que sí quedaba abierta la posibilidad de impugnación, mientras no hubiesen transcurridos los plazos para impugnar previstos en el art. 18.3 LPH. Así señala Loscertales Fuertes que «la Ley concede también posibilidad de impugnar a los ausentes, precisamente porque no votaron a favor, naturalmente dentro del plazo legal, contado a partir de la recepción de la oportuna notificación o desde que pudo tener conocimiento por la vía del art. 9, regla b), como acertadamente resuelve la Audiencia de Madrid en Sentencia de 16 de abril de 2001 (SP 37991), pero desde luego sólo podrán hacerlo si han contestado previamente de forma negativa en el periodo de treinta días que fija el art. 17, regla 1.ª, pues, en otro caso, sería premiar a estos propietarios en detrimento de los asistentes, que sí necesitan salvar su voto en la Junta, y así lo ha entendido la Audiencia de Valladolid, Sentencia de 15 de marzo de 2004 (SP 56348). Este requisito de hacer constar su disconformidad en el plazo indicado sólo está incluido en dicho precepto, pero no en las reglas 2.ª y 3.ª del mismo art. 17. No obstante, como cautela es aconsejable que, igualmente, se cumpla con la comunicación de no estar conforme en cualquiera de los supuestos donde se pretendía la impugnación»¹². Igualmente, para Ventura-Traveset, en principio se considera disidentes a los ausentes y, por tanto, pueden impugnar «siempre que no se trate del voto tácito del párrafo cuarto de la norma 1.ª del art. 17, en cuyo caso los votos de los ausentes se computan como favorables, salvo que manifiesten expresamente su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales. En esta hipótesis, el propietario ausente debe, primero, manifestar su oposición en el plazo de treinta días naturales, y luego, interponer la demanda de impugnación en el plazo de tres meses o un año según los supuestos»¹³. Evidentemente, en esta línea disponen Estruch Estruch y Verdera Server que «ello será así respecto de los acuer-

¹² D. LOSCERTALES FUERTES, *Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia*, 8.ª ed., Madrid, Sepin, 2006, p. 271.

¹³ A. VENTURA-TRAVERSESET, *Derecho de la Propiedad Horizontal*, 7.ª ed., Barcelona, Bosch, 2007, p. 535.

dos a los que se aplique lo dispuesto en el párrafo cuarto de la regla 1.^a del art. 17 LPH en punto al cómputo como favorables del voto de los ausentes que en treinta días no manifiestan su discrepancia con el acuerdo. Respecto de estos acuerdos, aunque no sin dudas, puede aceptarse que los ausentes, para poder impugnarlos, previamente deben manifestar en plazo su discrepancia sobre los mismos del mismo modo que a los presentes se les exige como carga para poder impugnar los acuerdos que, además de votar en contra de los mismos, salven su voto en la Junta; sin embargo, para el resto de los acuerdos, entendemos que a los ausentes sólo se les exige que impugnen dentro de los plazos contemplados en el art. 18.3 LPH, sin que previamente deban cumplir requisito alguno»¹⁴.

En esta línea se pronuncia, igualmente de forma mayoritaria, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, al entender que el propietario ausente, que no había manifestado su oposición o discrepancia al acuerdo dentro de los treinta días naturales, quedaba privado de la legitimación para impugnar los acuerdos comunitarios obtenidos con su voto presunto (voto favorable)¹⁵. Por su parte, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2006¹⁶ y de la Audiencia Provincial

¹⁴ J. ESTRUCH ESTRUCH y R. VERDERA SERVER, «La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación», *op. cit.*, p. 203.

¹⁵ *Vid.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 31 de marzo de 2005 (AC 2005/368), Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Picón Palacio; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 11 de enero de 2007 (JUR 2007/66671), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007/808882), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^a, de 15 de octubre de 2007 (AC 2007/2302), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008/330995), Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José Pueyo Mateo, y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 17 de junio de 2008 (JUR 2008/272927), Ponente: Ilma. Sra. D.^a Teresa Serra Abarca.

¹⁶ JUR 2006/154635, Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ane Maite Loyola Iriondo. Dispone en el Fundamento de Derecho 1.º: «Es precisamente dentro de dicho contexto donde ha de ser integrado el contenido del art. 17 cuando establece que se computará como voto favorable el acuerdo de aquellos propietarios ausentes que no hubieran dejado constancia en la forma prevista en el art. 9 LPH de su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de si recepción.

En el presente caso, el incumplimiento de dicho requisito por la recurrente nos sitúa ante el cómputo de voto de aquella como voto favorable tal y como señala la sentencia apelada, por lo que en modo alguno podrá reconocérsele legitimación activa para la impugnación de dicho acuerdo en los términos que se formulan en la demanda inicial del presente procedimiento, ya que el presupuesto previo para la acción de impugnación de un acuerdo es que con carácter previo no se haya emitido voto favorable al mismo como acontece en el presente caso.

de León de 27 de marzo de 2006¹⁷ entendían, asimismo, que no exigir al propietario ausente manifestar su discrepancia supondría otorgar a éste un trato de favor frente al copropietario que asistió a la Junta, pues este último necesariamente debía salvar su voto para poder impugnarlo con posterioridad, estableciéndose con ello una importante quiebra en el régimen de impugnación que sin duda contribuye a dar amparo a situaciones de fraude. Para Magro Servet representa «un argumento de peso, por cuanto la posición del ausente llega a ser más “cómoda” que la del presente a la Junta, ya que si la LPH había previsto al ausente una serie de consecuencias jurídicas a su silencio, como es la del voto presunto en los acuerdos del art. 17.1.^a LPH, ese silencio no se tiene en cuenta cuando el ausente opta por impugnar el acuerdo cuando tuvo plazo y oportunidad para oponerse al acuerdo, pese a lo cual no se opone al mismo formalmente como podría

Pero, además, concurren razones de justicia material que justifican la interpretación llevada a cabo por la juzgadora de instancia, toda vez que, como aquella indica en su sentencia, admitir la tesis de la parte recurrente supondría otorgar al copropietario ausente un trato de favor frente al copropietario que asistió a la Junta, pues este último necesariamente debió salvar su voto para poder impugnarlo con posterioridad estableciéndose con ello una importante quiebra en el régimen de impugnación que sin duda contribuiría a dar amparo a situaciones en fraude de Ley».

¹⁷ JUR 2006/140595, Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez. Señala en su Fundamento de Derecho 2.º: «Se es de la opinión que el propietario ausente necesita manifestar su discrepancia en el plazo de treinta días que establece el párrafo cuarto del art. 17.1.^a, a los efectos de una posible impugnación del acuerdo, pues, de lo contrario, y como razona en la resolución recurrida, se premiará a los ausentes en clara discriminación respecto de los presentes, que para estar legitimados para impugnar necesitan realizar su voto en la Junta y, siendo así que la norma comentada considera que vota favorablemente el ausente que no manifiesta su discrepancia en plazo, se estaría atribuyendo legitimación para impugnar a quien se ha mostrado, aunque sea tácitamente, favorable al mismo [...]. Ahora bien, y como se defiende en el escrito de interposición del recurso, dicha norma no es de aplicación a todos los acuerdos comunitarios, sino sólo a los que impugnen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que exigen unanimidad, y a los relativos al establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general que, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requiere el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representan las tres quintas partes de las cuotas de participación, y a los relativos a la realización de obras o el establecimiento de unos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que, incluso aunque impliquen las modificaciones antes referidas (título constitutivo o estatutos), requieren el voto favorable de la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación. En los demás casos, es decir, en los no previstos expresamente en la norma 1.^a del art. 17, no es de aplicación la que ahora se comenta y ello tanto por razones sistemáticas, como porque los demás acuerdos, es decir, los que no tienen encaje en los antes referidos, tienen en la Ley otros mecanismos diferentes para la facilitación de su consecución».

haber hecho, pero en el plazo fijado en el art. 18.3 LPH viene más tarde a presentar una acción de impugnación sin haber votado en contra en la Junta ni oponerse formalmente al acuerdo, que es lo que de forma clara y evidente le hace ser “opositor” a la adopción del acuerdo»¹⁸.

Frente a esta posición, otra parte de la doctrina se inclinan, en cambio, por considerar que el propietario ausente podía impugnar el acuerdo obtenido con su voto presunto, ya que en el art. 17 sólo se determina que su voto se compute a los efectos de conformar el acuerdo comunitario adoptado por los presentes, superando así la inactividad de los propietarios. El propietario ausente no tiene porqué expresar su discrepancia al acuerdo adoptado en el plazo de treinta días previsto en el art. 17.1.IV LPH cuando se trata de uno de los acuerdos contemplados en el art. 17.1.^a LPH —únicos respecto de los que cabe el consentimiento presunto—. De forma que, aun habiendo guardado silencio durante esos treinta días, podrá impugnarlo en el plazo de un año o de tres meses previstos en el art. 18.3 LPH. De ahí que, como precisa Gómez Calle, «no es lógico extender tal posibilidad aún a los acuerdos que revisten alguno de los defectos contemplados en el art. 18.1, y el art. 18.2 legitima para su impugnación a los ausentes de la Junta sin más, sin exigir al propio tiempo que, tratándose de los acuerdos contemplados en el art. 17.1.^a —únicos respecto de los que cabe el consentimiento tácito—, hayan expresado su discrepancia en el plazo previsto por el art. 17.1.IV, aspecto éste al que tampoco hace referencia alguna el art. 18.3 al regular los plazos de impugnación y su cómputo desde la comunicación del acuerdo del ausente». De ahí que entienda que «hay razones para mantener que el silencio sólo equivale al consentimiento cuando de lo que se trata es de obtener el quórum preciso y si el acuerdo que se pretende alcanzar no es de los contemplados en el art. 18.1; pero si el acuerdo es uno de ellos, parece que ha de imponerse el art. 18.3 como regla especial, de modo que el silencio durante treinta días no debe privar al que lo guardó de su derecho a impugnar lo ilegal dentro del plazo previsto; no podría impugnarlo aduciendo, por ejemplo, que el acuerdo no fue unánime porque él no lo consintió, porque entonces sí podría impugnarlo, si tal fuese el caso, por otra causa encuadrable en el art. 18.1». «Claro —añade— que esto supone que quien recibe la notificación de lo acordado ha de dilucidar previamente qué tipo de acuerdo

¹⁸ V. MAGRO SERVET, «Los ausentes quedan legitimados para impugnar los acuerdos del art. 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal aunque no manifieste su discrepancia en el plazo de treinta días desde su notificación», *op. cit.*, p. 3.

es para ver cómo debe actuar: si no es subsumible en el art. 18.1, con su silencio en los treinta días siguientes lo estará consintiendo, mientras que en otro caso ese silencio no podrá interpretarse de esa manera, al disponer de un año, no ya para expresar su discrepancia al secretario de la comunidad, sino para impugnarlo judicialmente. Antes de la reforma, por la Ley 8/1999 no se planteaba esta cuestión por la práctica coincidencia de los plazos establecidos en los arts. 16.1.II y 16.4.II»¹⁹.

Igualmente, para Gómez de la Escalera «una interpretación ajustada al mandato que resulta de las palabras empleadas en el párrafo 4.º del nuevo art. 17.1.ª de la LPH, puestas en relación con lo que prescribía el derogado párrafo 2.º del art. 16.1.ª LPH 1960, permite concluir que ahora el único efecto que se sigue del silencio del propietario ausente es que se pueda computar como voto favorable el acuerdo adoptado por los presentes a fin de que se pueda obtener la unanimidad o las mayorías cualificadas previstas en los párrafos 2.º y 3.º del citado art. 17.1.ª LPH en aquellos casos en que para la validez del acuerdo comunitario la ley exige la unanimidad o las mayorías cualificadas correspondientes, pero sin que el propietario ausente se entienda ahora “vinculado” al acuerdo adoptado por los presentes, como expresamente disponía la LPH de 1960. Por esta razón, nada impide que el ausente pueda impugnar el acuerdo cuando se den los supuestos contemplados en el art. 18.1 LPH. Así lo confirma el nuevo art. 18.2 LPH, que legitima al propietario ausente para impugnar los acuerdos comunitarios sin exigirle ningún requisito especial, cualquiera que sea la causa de su inasistencia a la Junta»²⁰.

¹⁹ E. GÓMEZ CALLE, *El art. 18 LPH: la impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal*, Colección Privada núm. 50, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 35-36 y 71.

²⁰ C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la Junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los treinta días», *op. cit.*, pp. 5-6.

Vid., asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007/200644), Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado, que en su Fundamento de Derecho 2.º dispone que: «Ciertamente, y en esto tiene razón la recurrente, el art. 17.1.ª, párrafo 4.º, LPH, regula una específica forma de computar el silencio de los propietarios ausentes de la Junta como votos favorables ceñida a los casos concretamente contenidos en el precepto, referidos a acuerdos cuya aprobación exige el voto de una mayoría cualificada o unánime, y ello por una obvia necesidad de seguridad jurídica. La propia norma deja claro su ámbito de aplicación cuando el párrafo cuarto comienza redactado con la frase “a los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, se computarán como votos favorables”, es decir, la computación de votos favorables en la forma regulada sólo se destina a los efectos previstos en los demás párrafos de la regla 1.ª, pero no a los de la 3.ª, donde se contempla la validez del resto de acuerdos que no precisen de mayoría especial o traten materias diferentes de las expresadas en las dos reglas precedentes.

Sobre tales bases, ambas posiciones coinciden, no obstante, en afirmar que el voto presunto del propietario ausente al acuerdo adoptado por los presentes, una vez comunicado conforme al procedimiento establecido en el art. 9 LPH, se tendrá en cuenta a los solos efectos de computarlo como voto favorable; de forma que, a diferencia de lo que disponía la LPH de 1960, el propietario ausente no se encuentra «vinculado» al acuerdo adoptado por los presentes, pudiendo impugnarlo cuando se den algunos de los supuestos contemplados en el art. 18.1 LPH. En correspondencia con ello, no se modifica el citado art. 18 LPH, manteniéndose como requisito para poder impugnar el acuerdo —y únicamente respecto de los copropietarios presentes en la Junta— que hayan salvado su voto o votado en contra del acuerdo. En la nueva redacción por Ley 8/1999, la no-manifestación de conformidad únicamente produce sus efectos, a tenor de la previsión expresa de la Ley, en relación con el cálculo de las mayorías cualificadas al efecto de computar como favorable el voto omitido.

Confirma esta interpretación el último apartado del núm. 1.º del art. 17 LPH, al establecer que «los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios»

Lo cierto es que la no-manifestación de disconformidad en el plazo establecido sirve para la formación de la mayoría necesaria y el consiguiente nacimiento del carácter obligatorio del acuerdo, pero no la supresión de la facultad de solicitar su anulación si concurren los requisitos para ello, pues resulta evidente que el carácter obligatorio y la consiguiente ejecutividad de un acuerdo no impiden su impugnación durante el plazo establecido por la ley. Así lo presupone la LPH al vincular el efecto obligatorio para «todos los propietarios», sin distinción, a que los acuerdos estén «válidamente» adoptados, admitiendo implícitamente que los que no reúnan esta condición podrán ser impugnados, en principio, por «todos» ellos, sin más restricciones que las que resultan con carácter general del art. 18.3 LPH.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, objeto del presente comentario, zanja la polémica existente en torno al alcance de la facultad impugnatoria del propietario ausente y opta por la segunda interpretación doctrinal expuesta, al admitir la legitimación de aquél para impugnar el acuerdo cuando se den los supuestos contem-

La legitimación para impugnar un acuerdo como el que nos ocupa no exige al ausente mostrar previamente su discrepancia, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18, párrafos 2 y 3, su legitimación vendrá dada por estar al corriente en el pago de las deudas vencidas y el ejercicio de la acción en el plazo de tres meses desde la comunicación del acuerdo, condiciones ambas cuyo cumplimiento no se ha cuestionado».

plados en el art. 18.1 LPH, en consonancia con lo dispuesto en el art. 18.2 que legitima al propietario ausente para impugnar los acuerdos comunitarios sin exigirle ningún requisito especial, cualquiera que sea la causa de su inasistencia a la Junta. El propietario ausente podrá impugnar el acuerdo obtenido con su voto presunto, ya que el silencio del ausente sólo determina que su voto se compute a los efectos de conformar el acuerdo comunitario adoptado por los presentes.

A tal efecto, fija como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el art. 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18.2 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto.

En la relación del art. 17.1.^a, párrafo 4, con el art. 18.2 LPH, el ausente que no se opone al acuerdo está legitimado para impugnarlo, ya que la única consecuencia de su no oposición es que su voto se suma al de los que votaron a favor del acuerdo y puede servir para que éste se alcance.

Esta interpretación es, asimismo, congruente con la ampliación de los plazos de impugnación, que pasan a ser de tres meses o un año según los casos, frente a la regulación anterior, en la que plazo de impugnación era de treinta días. Con ello se pretende facilitar la adopción de mayorías cualificadas a cambio de establecer un plazo más amplio de impugnación, el cual se concibe como un plazo de reflexión sobre la posibilidad de impugnar el acuerdo por motivos ajenos a la formación de la mayoría que dependa de la conformidad del ausente, el cual quedaría privado de este plazo si se le obligase a presentar la demanda o a manifestar su disconformidad en el plazo de treinta días para entablar cualquier tipo de impugnación.

Además de fundamentar la sentencia que esta posición doctrinal es la que mejor se acomoda a las palabras de la norma legal y a la ampliación del plazo de impugnación judicial de los acuerdos, señala asimismo, con argumentación certera, que no puede darse al requisito establecido en el art. 17 LPH un efecto restrictivo de los derechos del copropietario más extenso que el que la ley establece, pues ello comportaría privar de legitimación para recurrir el acuerdo y, consiguientemente, del derecho a la tutela judicial efectiva por una causa no prevista en la Ley, ya que en ella únicamente se contempla la falta de disconformidad del propietario ausente para la formación de mayorías cualificadas y, en consecuencia, esta falta no puede impedir la impugnación del acuerdo por causas distintas de la inexistencia

de la mayoría cualificada exigida por la Ley que dependa de la disconformidad del impugnante.

Sobre tales bases se rechaza por este Tribunal el argumento de la parte recurrida que con esta interpretación de la LPH se hace de peor condición al copropietario presente que no salva su voto, el cual carecería de legitimación para recurrir, según literalmente se desprende del art. 18.2.º LPH, frente al propietario ausente, poco diligente en el ejercicio de sus deberes, que no manifieste su discrepancia en el plazo de treinta días desde la notificación del acuerdo.

Lo cierto es que esta argumentación al principio de igualdad no puede ser aceptada desde el momento en que la situación de ambos propietarios no es idéntica ni comparable. Al propietario presente se le aplica la regla de los actos propios fundada en la existencia de una manifestación de voluntad expresa (voto favorable) o presunta por los actos concluyentes consistentes en su participación en la junta, unida al hecho de no haber salvado su voto, mientras que respecto del propietario ausente, su voluntad favorable al acuerdo no puede deducirse de actos concluyentes, sino que la ley se limita a conectar a la ausencia de manifestación de disconformidad, que por sí misma tiene únicamente el valor propio del silencio, a los efectos de conformar la mayoría cualificada y evitar la dificultad de obtener el consentimiento de los propietarios que no asistieron a la Junta, facilitando con ello la adopción de acuerdos; sin que ello permita suponer que no se deje a salvo su posible impugnación, ni que pretenda penalizarse a quienes no asisten a la Junta limitando sus facultades de impugnación de los acuerdos adoptados en ellas.

En este contexto, lo que la LPH exige al propietario que asistió a la Junta y participó en la votación es que para impugnar el acuerdo ha de haber «salvado su voto» (art. 18.2), esto es, se haya opuesto al acuerdo, pues la propia Ley le priva de la facultad de impugnar cuando vota a favor del acuerdo o se abstiene en la votación, pues en ambos casos no cumple con el requisito que exige la norma legal, como es la de salvar el voto. Por el contrario, el propietario ausente de la Junta que no se pronunció sobre el asunto cuando se celebró aquella puede hacerlo en el plazo de treinta días, bien consintiendo expresamente, manifestando su discrepancia, o bien no pronunciándose en el plazo indicado, equivaliendo tal silencio al voto favorable al acuerdo. Este consentimiento tácito o presunto no es más que un simple mecanismo legal para la obtención de la unanimidad o las mayorías cualificadas previstas en el art. 17.1.ª LPH, que no determina ninguna vinculación al acuerdo ya adoptado por los presentes; y, por ende,

no impide la impugnación del acuerdo adoptado con el voto presunto de los ausentes. Ahora bien, tal impugnación no se puede condicionar a que manifieste el propietario ausente su discrepancia al acuerdo, pues supone una carga adicional no prevista expresamente en la norma y, en todo caso, sólo aplicable a aquellos acuerdos que exigen la unanimidad o mayoría cualificadas para su adopción; no para los demás acuerdos, que desde esta interpretación sí podrían ser objeto de impugnación.

Para evitar esta diferencia en el alcance de la impugnación no prevista, además, en la norma, nuestro más Alto Tribunal manifiesta que el ausente no está obligado a manifestar su oposición al acuerdo para poder impugnarlo, sea éste de la clase que sea, al no existir diferencias en la legitimación del ausente para impugnar cualquier acuerdo que se adopte. Todos los acuerdos adoptados por el propietario ausente frente a los que no ha manifestado su discrepancia, o simplemente se ha adoptado por su voto presunto, al no pronunciarse sobre los mismos en el plazo de treinta días naturales que exige el art. 18 LPH, son impugnables. El propietario ausente no queda, pues, en estos casos privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto.

En la comunidad de propietarios pueden existir comuneros que, asistiendo a la Junta, votaron de forma expresa a favor del acuerdo y se les aplica la regla de los actos propios fundada en la existencia de una manifestación de voluntad expresa²¹, o, simplemente, no han salvado su voto en la Junta, impidiéndoles en ambos casos impugnar el acuerdo. Mientras que el propietario ausente que no manifiesta su disconformidad al acuerdo en el plazo de treinta días naturales —con este voto presunto que únicamente tiene el valor de permitir conformar la unanimidad o mayoría cualificada suficiente para la toma del acuerdo, esto es, de facilitar con ello la adopción del mismo— no se ve por ello impedido de impugnar el acuerdo en los plazos indicados en el art. 18 LPH.

Lo que hace el Tribunal Supremo con esta doctrina, en palabras de Magro Servet, es «optar por una posición interpretativa extensiva para no restringir la posibilidad de impugnar al que se ausentó, y lo hace interpretando de esta manera la expresión “ausente por cualquier causa” a la hora

²¹ *Vid.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/132696), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alejandro Jiménez Murria, y de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2006 (JUR 2006/195258), Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Teresa Rivera Blasco.

de fijar la legitimación de impugnar. Así, si bien hasta la fecha se le había otorgado al comunero ausente que no se opone el doble efecto de sumarse a la mayoría y no poder impugnar por cuanto su voto era al final en positivo, viene a cambiar de criterio para insistir en que el ausente no votó a favor, sino que su voto es presunto, y si no votó a favor no tiene prohibición para impugnar, ya que los únicos que sí que la tienen son los que votan a favor y los que se abstienen, por cuando ninguno de éstos puede verse incluido en el art. 18.2 LPH, pero sí los ausentes del párrafo 4.º del art. 17.1.ª LPH que no se oponen, ya que éstos sí que tienen su entrada en el art. 18.2 LPH por la vía del “ausente por cualquier causa”²².

Si bien existe una limitación a la legitimación activa del propietario ausente, ya apuntada, como es la no posibilidad de fundar la impugnación en la no concurrencia de la mayoría cualificada exigida por la LPH, fundándose precisamente en la ausencia de su voto. Lo que resulta ciertamente lógico, pues, como ya había precisado Gómez Calle, lo que no podrá el propietario ausente «es impugnar aduciendo, por ejemplo, que el acuerdo no fue unánime porque él no lo consintió, porque entonces sí podría oponérsele que su actitud pasiva actuó como consentimiento»; pero podría impugnarlo, si tal fuera el caso, como así hemos reseñado, «por otra causa encuadrable en el art. 18.1»²³. Asimismo, esta causa de ilegalidad del acuerdo, como señala Gómez de la Escalera, «no podrá ser invocada por el ausente que guardó silencio y no se opuso dentro de los treinta días al acuerdo, porque la Ley lo que hace es, precisamente, atribuir a su silencio el efecto de computar su no oposición como equivalente a la prestación de su voto favorable al acuerdo»²⁴. A lo que añade este autor que esta doctrina legal acogida en la sentencia es desde ahora la única solución válida, y como tal servirá, en caso de que no sea aplicada por las Audiencias Provinciales, para fundamentar el oportuno recurso de casación por tener el asunto «interés casacional» (art. 477.2.3.º y 3 LEC)²⁵.

²² V. MAGRO SERVET, «Los ausentes quedan legitimados para impugnar los acuerdos del art. 17.1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal aunque no manifieste su discrepancia en el plazo de treinta días desde su notificación», *op. cit.*, p. 4.

²³ E. GÓMEZ CALLE, *El art. 18 LPH: la impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal*, *op. cit.*, p. 36.

²⁴ C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la Junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los treinta días», *op. cit.*, p. 5.

²⁵ *Ibid.*