



Roj: **SAP B 11413/2014 - ECLI: ES:APB:2014:11413**

Id Cendoj: **08019370132014100431**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **27/10/2014**

Nº de Recurso: **457/2013**

Nº de Resolución: **444/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DELS ANGELS GOMIS MASQUE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº 457/2013 2ª

PROC.ORDINARIO (LPH - 249.1.8) NÚM. 747/2012

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 BARCELONA

S E N T E N C I A N ú m. 444

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de Barcelona, a veintisiete de octubre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Proc.Ordinario (LPH - 249.1.8), número 747/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 5 Barcelona, a instancia de Sabino , contra CDAD. PROP. DE C/ DIRECCION000 , NUM000 , DE BARCELONA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 12 de abril de 2013 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada, es del tenor literal siguiente: "FALLO:

"Que tengo al demandante D. Sabino , representado por el procurador D. Albert Ramentol Noria, por renunciado a la acción ejercitada en su momento mediante la demanda presentada y absuelvo a la demandada Comunidad de Propietarios de DIRECCION000 , nº NUM000 de Barcelona, de las pretensiones de la demanda, condenando al actor al pago de todas las costas del pleito."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, .

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 2 de julio de 2014.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.



VISTO, siendo Ponente el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda el actor, D. Sabino , se dirige contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA DIRECCION000 , NUM000 de esta ciudad en ejercicio de la acción prevista en el art. 553-25.6 CCCat , a favor de los propietarios con discapacidad física para pedir a la autoridad judicial que obligue a la comunidad de propietarios a suprimir las barreras arquitectónicas o a hacer las innovaciones exigibles para lograr la transitabilidad del inmueble y de una acción indemnizatoria de daños y perjuicios, alegando que, por razón de su edad y de una importante minusvalía que afecta a la movilidad de sus extremidades inferiores y que le imposibilita el desplazamiento sin silla de ruedas, precisa de la supresión de barreras arquitectónicas en el inmueble en que reside que le permitan acceder y salir de la vivienda con autonomía y que, a pesar de haberse dirigido reiteradamente a la comunidad de propietarios a fin de que se afronten las obras oportunas, ésta se ha negado a su ejecución, por lo que se ha visto obligado a residir temporalmente en una residencia y a acudir a la vía judicial para la protección de sus derechos. Por todo ello termina solicitando que se dicte sentencia por la que: (a) Se obligue a la demandada a suprimir las barreras arquitectónicas o a hacer las innovaciones exigibles para la transitabilidad de conformidad con el Proyecto del arquitecto Sr. Marino que se aporta con la demanda, u otro con la misma finalidad, y conforme al presupuesto adjunto. (b) Se condene a la comunidad de propietarios demandada a indemnizar al actor los daños y perjuicios que se le irroguen por la imposibilidad de usar su vivienda durante el período que transcurra entre la fecha de presentación de la demanda y la terminación de las obras interesada. (c) Se impongan las costas a la demandada con declaración de temeridad, a los efectos del art. 394.3 LEC .

La demandada se opone a tal pretensión alegando, en esencia: (a) que el Sr. Sabino no reside ya en la finca y que, aún en el caso de que se efectuaran las obras solicitadas no podría, dadas sus condiciones, transitar con autonomía; (b) que la comunidad en todo momento ha intentado responder a la solicitud del Sr. Sabino , ofreciendo soluciones alternativas, dado que las obras que se interesan son desproporcionadas tanto técnica como económicamente; (c) que la pretensión indemnizatoria es improcedente por infringir lo dispuesto en el art. 219 LEC .

Con anterioridad a la audiencia previa se aportó informe emitido por el perito judicial, interesado en su demanda por la parte actora.

El día 4.4.2013, la parte actora presentó escrito en el que alegaba que después de presentada la demanda el Sr. Sabino había experimentado un considerable deterioro de su minusvalía hasta el punto que en la actualidad se encuentra de forma irreversible sin las condiciones para conducir una silla de ruedas con motor, por lo que, por circunstancias sobrevenidas, se ha producido una pérdida del objeto principal de la demanda, por lo que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 22.1 LEC ponía esta circunstancia en conocimiento del Juzgado para que por el Sr. Secretario se decretara la terminación del proceso sin condena en costas a ninguna de las partes. Dicho escrito fue proveído en la misma fecha, acordándose estar a la vista (la audiencia previa se encontraba señalada para el día siguiente)

En la vista celebrada el día 5.4.2013 la parte actora reiteró su solicitud de terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto, a lo que se opuso la parte demandada alegando que la imposibilidad de movilidad autónoma por parte del actor había sido ya alegada como motivo de oposición a la demanda por lo que no se trataba de una circunstancia sobrevenida, resaltando que el motivo de su oposición residía en la trascendencia que esta posición tenía respecto a las costas, concluyéndose el acto pendiente de la resolución judicial correspondiente.

En fecha 12.4.2013 se dictó sentencia por la que se tenía al demandante por renunciado a la acción ejercitada en su momento mediante la demanda y absolvía a la demanda de las pretensiones de la misma, condenando al actor al pago de todas las costas del pleito.

Frente a dicha resolución se alza la parte demandada por medio del presente recurso y la impugna por los siguientes motivos: (a) Infracción de normas y garantías procesales causantes de indefensión, como ya se denunció en la solicitud de aclaración de sentencia, al haberse dictado la sentencia con absoluta omisión de la tramitación exigida en los ap. 1 y 2 de la LEC, lo que comporta su nulidad conforme a lo dispuesto en los arts. 225.1 º y 3º LEC . (b) Incongruencia y arbitrariedad de la sentencia apelada, que vulnera los arts. 218 LEC y 24.1 y 9.3 de la CE . (c) Preceptiva imposición de las costas de esta alzada a la parte demandada, conforme al art. 397. (d) Subsidiariamente, solicita que el tribunal determine si el vicio o defecto procesal denunciado puede ser subsanado en esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 465. 3 y 4 LEC . Por todo ello, solicita que se dicte sentencia por la que: (A) Si se considera que la omisión de la tramitación denunciada es subsanable en esta alzada, se proceda a su subsanación dictando resolución de acuerdo con el referido



art. 22 LEC , previo el trámite regulado en tal precepto. En otro caso, (B) Dicte resolución declarando la nulidad radical de la sentencia y, en consecuencia, la revoque, reponiendo las actuaciones al estado en que se hallaban cuando en fecha 4.4.2013 la parte actora comunicó al Juzgado la pérdida sobrevenida de objeto y disponga que dicho Juzgado proceda a dar a tal petición el trámite del referido art. 22 LEC , dictando la resolución que proceda, con imposición de las costas de esta alzada en ambos casos a la parte demandada.

SEGUNDO.- El artículo 22 LEC , encuadrado en el capítulo que regula " Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones", y que prevé la "Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio", establece en su parte bastante que " 1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas.2. Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Secretario judicial convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto. Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión".

Como señala, entre otros, el reciente ATS de 10/12/2013 : "1.- La concurrencia de circunstancias sobrevenidas, una vez iniciado el proceso, que determina la falta de interés legítimo en obtener la tutela inicialmente pretendida (art. 5 LEC) y en la continuación de la causa, se halla regulada en los arts. 19 y 22 LEC . En principio, la carencia sobrevenida de objeto debe generar que deje de haber interés legítimo en la continuación del proceso, bien se admita por las dos partes, art. 22.1 LEC , bien se acuerde y se determine por la Autoridad judicial, art. 22.2 LEC y esa plenitud se dará cuando haya identidad entre la pretensión articulada en la demanda o en la reconvencción y el acto o el hecho que motivó la satisfacción.

En el caso de falta de acuerdo, para la procedencia de este supuesto resulta condición esencial que alguna de las partes realice de manera fundada y motivada una doble manifestación. Por una parte, negar la concurrencia de efectiva carencia sobrevenida de objeto que invoca la otra parte y, por otra, indicar que sigue teniendo un interés legítimo en que el procedimiento continúe. Y es que la resolución que pone fin a este incidente se contrae a resolver sobre si el proceso continúa, lo que supone que sólo pueden ser objeto de alegación en la comparecencia las cuestiones relativas a si el proceso sigue manteniendo su objeto y a si concurre interés legítimo en su continuación".

Asimismo, señala la doctrina que el interés ha de considerarse desaparecido cuando, a la luz de las nuevas circunstancias, el proceso haya dejado de ser necesario, esto es, cuando ya no es susceptible de reportar al actor la utilidad que inicialmente de él se esperaba y a la que a través de él se aspiraba, de tal modo que el actor ya no tiene la necesidad de ver tutelada su posición jurídica a través del proceso.

Ha de tratarse, pues, de circunstancias "sobrevenidas", esto es, ocurridas fuera del proceso y, lógicamente, después de la demanda (y, en su caso, de la reconvencción), ya que de producirse con anterioridad determinarían su articulación como excepciones materiales que impedirían el éxito de la pretensión del actor; por tanto estos "hechos nuevos" han de determinar una alteración sustancial de la situación existente en la demanda de forma que determinen la carencia del objeto o la pérdida del interés.

TERCERO.- Denuncia en primer lugar la apelante la infracción del art. 22 al no haberse citado a las partes a la comparecencia que el precepto prevé para el supuesto de que no haya acuerdo entre las partes en la carencia sobrevenida de objeto comunicada por la parte actora.

El art. 22.2 LEC prevé que en el supuesto de que las partes no estén de acuerdo en la carencia sobrevenida de objeto, se les convoque a una comparecencia, cuyo único objeto es determinar si, ante la falta de acuerdo de las partes, el procedimiento debe o no continuar

En el caso de autos, la parte actora presenta el escrito comunicando al Juzgado lo que estima es una alteración de las circunstancias de la que se deriva el día 4.4.2012 (justo el día anterior del que se encontraba señalada la vista para la audiencia previa; a pesar de que según sus manifestaciones, el diagnóstico médico que determinaba la incapacidad del Sr. Sabino se efectuó en 29.1.2012), por lo que, ante la inminencia del señalamiento, nada se oponía, citadas las partes, a que aquél señalamiento se "aprovechara" para llevar a cabo la comparecencia prevista en el art. 22, en la cual la demandada podía manifestar, si así lo estimaba, su acuerdo. Es más, en la vista o comparecencia celebrada el día 5.4.12 tuvo como único objeto la procedencia o no de la continuación del procedimiento, articulando las partes las alegaciones que estimaron oportunas al respecto, sin que se llevara a cabo ninguna de las actuaciones que configuran la audiencia previa.



Ninguna indefensión se observa que se causara a las partes, especialmente a la demandante, dado que su escrito fue expresamente proveído en este sentido. Por otra parte, tampoco podemos obviar que el tan citado precepto prevé la celebración de una simple comparecencia, en la que el juez se limita a dar audiencia a las partes, no previéndose la celebración de una vista ni la práctica de pruebas (más allá de la simple aportación de algún documento en apoyo de las alegaciones en las que se funda la petición de archivo). Y a este respecto hemos de indicar: (a) que el actor no acompañó al escrito pidiendo el archivo del procedimiento el documento consistente en un informe médico, ni tampoco lo aportó en el referido acto, sino que se limitó a ofrecerlo, por lo que su presentación posterior es extemporánea. (b) en cualquier caso, y como indicó el juzgador en el acto de la comparecencia, la incapacidad del Sr. Sabino para moverse autónomamente no se discutía.

En definitiva, no se observa infracción de lo dispuesto en el art. 22.2 LEC, ni que se haya provocado en la apelante una situación de indefensión al haber sido oídas las partes al respecto, por lo que el motivo de impugnación debe decaer.

CUARTO.- Alega, asimismo, la apelante que la sentencia dictada incurre en incongruencia.

El motivo ha de estimarse.

Así es, solicitado por la parte actora el sobreseimiento y archivo por carencia sobrevenida de objeto, y opuesta la parte demandada a éste, el juzgador, sólo podía resolver sobre la procedencia de lo solicitado o acordar la continuación del procedimiento.

El desistimiento es la declaración (acto procesal) del actor en el sentido de no querer la prosecución del proceso ya iniciado, provocando su terminación (extinción del proceso por voluntad del actor) sin pronunciamiento, sobre la pretensión procesal que, al quedar imprejuzgada, puede ser admisiblemente interpuesta como objeto de un proceso posterior, así pues es la declaración unilateral del actor por la que tiene por abandonado el proceso, sin renuncia a la acción. El Tribunal Constitucional en sentencia 187/1990 de 26-11, tiene declarado que el desistimiento es una forma legítima de finalización de los procesos que responde al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento. El «desistimiento», de alcance meramente procesal, no es equiparable a la «renuncia», concepto que implica (STS 17.3.03) vinculación con el Derecho material. El desistimiento del proceso como procedimiento, cuando se efectúa en primera instancia no impide volver a plantear la misma acción en otro proceso posterior. A causa de este efecto, y a partir de un determinado momento, el desistimiento tiene carácter bilateral, en cuanto que requiere la audiencia de la otra parte y la aprobación judicial (STS 4.3.04). En cuanto a la forma, el desistimiento puede ser expreso o tácito; por tal ha de entenderse determinadas conductas del actor a las que la Ley anuda el efecto jurídico de tenerlo por desistido (p.e. art. 414 o 442).

La renuncia es un abandono de la acción, y por consiguiente del derecho, de carácter unilateral, en tanto que no precisa de la audiencia de la otra parte y que el Juez debe aprobar salvo cuando la Ley la prohíba o sea contraria al orden público o en perjuicio de tercero, y cuyo efecto relevante consiste en que la acción abandonada no puede volverse a ejercitar. La renuncia, en tanto que abandono definitivo de la acción (pretensión) que afecta al derecho material, hace preciso, respecto al sujeto, que tenga la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata y, en cuanto al objeto, que el derecho sobre el que recaiga sea renunciante, así sólo procederá cuando no sea contraria a la ley, al interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6.2 CC), asimismo la doctrina jurisprudencial exige que la misma sea explícita, clara y terminante.

Sea como sea, tanto el desistimiento como la renuncia, que pueden poner fin al proceso en virtud del principio dispositivo, son declaraciones de voluntad.

En el supuesto de autos, el actor no sólo no ha declarado su voluntad de renunciar a su derecho o de desistir, sino que de forma expresa ha manifestado su voluntad de no hacerlo, limitándose a solicitar el archivo de la causa por entender que se ha producido una carencia sobrevenida de objeto del pleito.

Por tanto, el juzgador debía decidir si las circunstancias sobrevenidas comportaban la pérdida del interés legítimo o si, por el contrario el proceso debía continuar, lo que no le es dable es finalizar el procedimiento por una causa distinta de la alegada, incurriendo con ello en incongruencia e infringiendo el art. 218 LEC. En consecuencia, estimando el recurso, la misma ha de ser declarada nula y dejada sin efecto.

QUINTO.- Sentado lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 465.3 LEC, corresponde al tribunal resolver sobre el fondo, que en este momento procesal es si procede el sobreseimiento y archivo del procedimiento por carencia sobrevenida del objeto del pleito, o si, por el contrario el pleito ha de continuar.

En primer término, es preciso destacar que con la demanda el actor ejercita dos acciones, de las que se derivan sendas pretensiones articuladas en el suplico: (a) una acción del art. 553-25.6 CCCat para la supresión de barreras arquitectónicas y (b) una pretensión indemnizatoria.



Las circunstancias sobrevenidas invocadas en nada afectan a esta última pretensión, que en ningún momento ha sido desistida ni renunciada, por lo que, sólo por esto el pleito debía continuar.

Pero es que, incluso atendiendo sólo a la acción principal, y ante la falta de acuerdo por la negativa de la contraparte, debería haberse acordado la continuación del pleito.

Así es, para que pueda acordarse el archivo del pleito, es preciso que las circunstancias que determinan la pérdida del interés legítimo de la parte sean "sobrevenidas"; esto es, ocurridas, o conocidas, con posterioridad a la presentación de la demanda. Y, en el caso, la demandada sostiene que tales circunstancias ya existían con anterioridad a la interpelación judicial; de hecho, uno de los motivos de oposición es precisamente la innecesariedad de las obras interesadas en la demanda, pues, ni siquiera con su ejecución el demandante tendría autonomía para garantizar su movilidad y el acceso a la finca. De ser así, y de no ser las circunstancias "sobrevenidas", lo que procedería sería la desestimación de la demanda, por lo que el pleito debe continuar, pues esta circunstancia ha de ser objeto de debate y de prueba (en tanto que hecho controvertido).

Ciertamente, en estas circunstancias, resulta un sinsentido la continuación del procedimiento, pero, atendidas las posturas de las partes, ni al juez le es dable finalizar anticipadamente el proceso por un motivo distinto del invocado por las partes en el marco del principio de disposición del procedimiento, ni puede el demandante encubrir lo que debería articularse a través de un desistimiento o una renuncia, con las consecuencias procesales que de ello se deriven, singularmente respecto a las costas.

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.2 LEC (" *Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión*"), procede imponer las costas de las actuaciones relativas a esta petición a la parte actora.

No procede una especial imposición de las costas de esta alzada al haber sido estimado el recurso de apelación (art. 398.2 LEC).

Por otra parte, estimado el recurso y conforme a lo dispuesto en el ap. 8º de la D.A. 15ª de la LOPJ , ha de procederse a la devolución al apelante de la totalidad del depósito para recurrir constituido.

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2013 dictada en el procedimiento ordinario ním. 747/2012 del Juzgado de 1ª Instancia ním. 5 de Barcelona, **SE DECLARA LA NULIDAD** de la referida sentencia, debiendo devolverse las actuaciones al Juzgado de 1ª Instancia para la continuación del procedimiento por sus trámites.

Se condena a D. Sabino al pago de las costas del incidente. No se efectúa una especial imposición de las costas de la apelación.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación si concurre interés casacional, así como, conjuntamente con el mismo, recurso extraordinario de infracción procesal, si concurren los requisitos legales para ello de acuerdo con la DF 16ª LEC , que deberán interponerse ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, debiendo constituirse el oportuno depósito conforme a la D.A. 15ª de la LOPJ .

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.