



Roj: **ATS 6782/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:6782A**

Id Cendoj: **28079110012008202875**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2008**

Nº de Recurso: **139/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil ocho.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La representación procesal de la entidad AIRTEL MOVIL, S.A., presentó en la fecha indicada escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos recursos contra la Sentencia dictada con fecha 24 de octubre de 2002, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Tercera), en el rollo de apelación nº 723/2001, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 150/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao.

2.- Por Auto de fecha 18 de diciembre de 2002 se tuvieron por interpuestos dichos recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo que fue notificado a las partes personadas con fecha 13 de enero de 2003.

3.- La Procuradora D<sup>a</sup>. AFRICA MARTIN-RICO SANZ, en nombre y representación de D. Federico y D<sup>a</sup>. Daniela presentó escrito ante esta Sala con fecha 8 de mayo de 2003 personándose en concepto de parte recurrente- recurrida. El Procurador D. ALBERTO HIDALGO MARTINEZ, en nombre y representación de "AIRTEL MOVIL, S.A." presentó escrito ante esta Sala con fecha 8 de noviembre de 2004 personándose en concepto de parte recurrente- recurrida.

4.- Por providencia fecha 15 de enero de 2008, se pusieron de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión de los recursos interpuestos.

5.- La parte recurrida D. Federico presentó escrito con fecha 25 de abril de 2008, manifestando de un lado la renuncia y desistimiento sobre el recurso de casación interpuesto por la misma, y por otro lado mostrando su conformidad con las posibles causas de inadmisión respecto de los recursos planteados por la parte recurrente "AIRTEL MOVIL, S.A."

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Xavier O'Callaghan Muñoz, a los solos efectos de este trámite.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Interpuesto por la sociedad "AIRTEL MOVIL, S.A." recurso extraordinario por infracción procesal y de casación respectivamente, dichos recursos tienen por objeto una Sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, por lo que es indiscutible la sujeción de los recursos al régimen que ésta establece. Por otro lado, dicha resolución puso término a un juicio de menor cuantía sobre nulidad de acuerdo adoptado en Junta de Propietarios que, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente al momento de interponerse la demanda, fue tramitado en atención a la materia, con la consecuencia de que su acceso a la casación se halla circunscrito al ordinal tercero del citado art. 477.2 de la LEC 2000, habida cuenta el carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del art. 477.2 de la LEC 2000, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional, según criterio reiterado de



esta Sala en numerosos recursos de queja y de inadmisión del recurso de casación y que ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional en Autos 191/2004, de 26 de mayo y 201/2004, de 27 de mayo y en Sentencias 150/2004, de 20 de septiembre y 164/2004, de 4 de octubre conforme a los cuales tal criterio, adoptado en Junta General de Magistrados celebrada el 12 de diciembre de 2000, no supone vulneración del art. 24 de la Constitución Española.

Por "AIRTEL MOVIL, S.A." se interpuso de forma conjunta recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, por lo que procede examinar, de conformidad a lo establecido en la Disposición Final 16ª de la LEC, si la resolución es recurrible en casación a la vista del art. 477.2 de dicha LEC, pues si la Sentencia recurrida no es susceptible de recurso de casación, ello determinará que tampoco pueda presentarse el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, LEC 2000.

Por su parte la entidad recurrente "AIRTEL MOVIL, S.A.", preparó e interpuso recurso de casación alegando interés casacional, entendiendo infringidos los arts. 17.1 en conexión con el art. 12 de la LPH, existiendo oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, enumerando hasta nueve Sentencias en las que concurre doctrina contradictoria en materia de la existencia/inexistencia de alteración de elementos comunes, y por ende la necesidad o no de la unanimidad para la plena validez de los acuerdos adoptados.

2.- El recurso de casación interpuesto por "AIRTEL MOVIL, S.A.", en el cual se alegaba interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque sin precisar Sentencias de dicho Tribunal, así como por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en este caso señalando Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias y Salamanca en contraposición de Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias y Valladolid, en las, que supuestamente se mantenían criterios diferentes.

El recurso de casación incurre en causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1º, inciso segundo, de la LEC 2000, en relación con el art. 479.4 de la misma Ley, al no haber justificado la parte recurrente en fase de preparación el interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, a tenor de los criterios de recurribilidad que esta Sala viene propugnando de acuerdo con lo dispuesto en la nueva LEC 2000, tal y como se recogen en el Acuerdo adoptado por la misma reunida en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, Acuerdo que ha integrado la regulación de la LEC de modo que forma parte de la normativa sobre el recurso de casación ( STC 108/2003, de 2 de junio, en recurso de amparo núm. 82/2002).

Por lo que respecta al interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque en el escrito de preparación no se han citado o señalado, ni tan siquiera enumerado cronológicamente, ninguna Sentencia de esta Sala con un criterio jurídico que se dice coincidente, no se ha llegado a razonar cómo, cuando y en qué sentido ha sido vulnerada por la Sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo denunciada, lo que resulta imprescindible para que la Audiencia pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación ( art. 479.4 LEC), siendo doctrina reiterada de esta Sala puesta de manifiesto, entre otros en los Autos de fechas 27 de julio, 14 y 28 de septiembre y 5 de octubre de 2004, en recursos 1943/2001, 1088/2001, 3143/2002 y 3033/2001 que el "interés casacional", que constituye ese indispensable y especial requisito del recurso, debe existir realmente y justificarse adecuadamente, como deriva de una interpretación finalista del art. 479.4 LEC, que al imponer que se "expresen las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial en que se funda el interés casacional que se alegue", no puede entenderse que se limite a exigir la simple mención de unas resoluciones por sus fechas, sin que baste tampoco hacer referencia a su contenido, sino que hace imprescindible explicar cuál es la concreta vulneración de la jurisprudencia que se ha cometido por la Audiencia Provincial, en la Sentencia de segunda instancia, en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida, imponiendo también identificarla con precisión en el escrito preparatorio, siendo insubsanable el defecto adolecido en la preparación, pues la acreditación del "interés casacional" a que se ha venido haciendo mención y con el alcance expresado, ha de estar completada en el preclusivo término del art. 479.1 de la LEC 2000, sin que pueda suplirse después, pues su carácter de presupuesto de recurribilidad determinará que deba necesariamente quedar cumplido en el plazo legal de cinco días que ordena ese precepto, lo que ha sido refrendado expresamente por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 46/2004, el 23 de marzo y 3/2005, de 17 de enero.

En cuanto al interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales porque no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial, que exige un criterio jurídico plasmado en dos Sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos Sentencias de diferente Audiencia o Sección, siendo, en todo caso, en la fase de "preparación" del recurso de casación y no en la de su "interposición" cuando se ha de acreditar el "interés casacional", dado que al tiempo de



la preparación debe necesariamente quedar justificada la recurribilidad de la Sentencia dictada en segunda instancia, por ser éste un requisito legal necesario para poder tener por preparado el recurso anunciado, y, en el caso examinado, la parte recurrente no ha acreditado, en dicha fase de preparación, el presupuesto que condiciona la presencia del "interés casacional" que, constituye un presupuesto de recurribilidad, cuando se pretende el acceso a los recursos extraordinarios por el cauce del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000, pues todas las Sentencias citadas proceden de Audiencias Provinciales diferentes, sin que se haya especificado en la preparación las Secciones, de las distintas Audiencias Provinciales señaladas, de las que han emanado las Sentencias enumeradas. Entender otra cosa sería convertir en mero formulismo y formalismo el "interés casacional", desnaturalizando su condición de requisito esencial, objetivizado en la ley y trascendente a las partes, dejando vacía de contenido la fase de preparación en los casos del ordinal 3º del art. 477.2 LEC 2000, lo que, desde luego, no resulta conciliable con el texto del referido art. 477.2.3º, en relación con el art. 479.4 LEC 2000, que, debe reiterarse, ha sido interpretado por esta Sala en el sentido recogido en los criterios antes señalados, y que ha sido entendido como razonable por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 46/2004, de 23 de marzo, y mas específicamente en la 3/2005, de 17 de enero y en el Auto 208/2004, de 2004, que expresamente han señalado que el interés casacional ha de quedar acreditado en fase de preparación.

A mayor abundamiento y partiendo de lo anterior, y si bien es cierto que la parte recurrente en su escrito de preparación, enumera un conjunto de Sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias y Salamanca, supuestamente con criterios jurídicos opuestos a otras de las Audiencias Provinciales de Asturias y de Valladolid, sin especificar la Sección de la cual provienen, en el posterior escrito de interposición y ello en relación a la necesidad, bien de unanimidad bien de mayoría para la válida adopción de acuerdos en Juntas de Propietarios, y todo ello en aplicación del art. 17 de la LPH, en relación con el art. 12 de la misma Ley, la contradicción no es tal, y ello atendiendo a que del análisis de dichas Sentencias, se permite concluir que los criterios y aplicación de los preceptos indicados son idénticos, esto es, cuando el acuerdo impugnado versa sobre alteración de elementos comunes, y por tanto modificación de los Estatutos que rigen la vida de la Comunidad de Propietarios, el acuerdo para que sea plenamente válido y eficaz ha de ser alcanzado por unanimidad, por contra cuando aquel no afecta a los elementos comunes sólo se precisa de mayoría para su plena validez. En el caso de autos, y probado que se deriva de la Sentencia recurrida, que las obras efectuadas en la Comunidad de Propietarios situada en la C/ DIRECCION000 de Erandio, nº NUM000, de Bizkaia, realizadas en la caseta del ascensor, consistentes en la instalación de "Estación Base de Telefonía Móvil", suponen una alteración de un elemento común al haberse instalado aparatos electrónicos con apertura de nuevo acceso, el acuerdo de la Junta de propietarios impugnado, y no habiendo sido adoptado por unanimidad, es nulo, lo que no viene sino a coincidir íntegramente con la doctrina de las Audiencias Provinciales expuesta por la parte recurrente.

3.- La irrecurribilidad en casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la sociedad "AIRTEL MOVIL, S.A.", ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000. Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000. A este respecto, conviene advertir que el vigente régimen de recursos extraordinarios es el regulado en el marco de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no en su articulado, sino en la Disposición final decimosexta, que establece un sistema provisional entretanto no se atribuya competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, estando declarada la inaplicabilidad de artículos como el 468, lo que excluye de impugnación a los Autos (Disposición decimosexta apdo. dos), y no se permite la presentación autónoma del recurso por infracción procesal mas que en los casos 1º y 2º del art. 477.2, pero sin que tal ámbito -lo mismo que la denegación preparatoria- vulnere el art. 24 de la Constitución, pues tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación y por infracción procesal, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad ( SSTC 37/88, 196/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal ( SSTC 3/83 y 216/98, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales ( SSTC 37/95, 186/95, 23/99 y 60/99), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a los recursos extraordinarios tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente ( SSTC 230/93, 37/95, 138/95, 211/96, 132/97, 63/2000, 258/2000 y 6/2001); y que el "principio pro actione", proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores ( SSTC 3/83, 294/94, 23/99 y



201/2001), habiéndose añadido, finalmente, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden ( SSTC 19/81, 69/84, 43/85, 6/86, 118/87, 57/88, 124/88, 216/89, 154/92, 55/95, 104/97, 213/98, 216/98, 108/2000 y 22/2002), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador ( SSTC 8/1998, 115/1999, 122/1999, 108/2000, 158/2000, 252/2000, 3/2001 y 13/2002).

4.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000, dejando sentado por aplicación de los arts. 473.3 y 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

5.- Abierto el trámite de alegaciones, y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas procesales a la parte recurrente.

#### **LA SALA ACUERDA**

1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la sociedad "AIRTEL MOVIL, S.A., contra la Sentencia dictada con fecha 24 de octubre de 2002, por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 723/2001, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 150/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER LAS COSTAS PROCESALES a la parte recurrente.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia. previa notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes personadas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que com Secretario, certifico.