Roj: SAP CO 838/2000 - ECLI:ES:APCO:2000:838

Id Cendoj: **14021370022000100324**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Córdoba**
Sección: **2**
Fecha: **24/05/2000**
Nº de Recurso: **173/2000**
Nº de Resolución: **149/2000**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

SENTENCIA Nº 149/00

AUDIENCIA PROVINCIAL

CORDOBA

SECCION SEGUNDA

MAGISTRADOS

D. ANTONIO PUEBLA POVEDANO

D. JUAN RAMÓN BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

D. ANTONIO JIMÉNEZ VELASCO

APELACION CIVIL

ROLLO 173/00

AUTOS 345/99

JUICIO Cognición

Córdoba -5

En Córdoba a 24 de mayo de 2000

Vistos por esta Sala los autos de juicio de seguidos ante el Juzgado de 1ª instancia nº 5 de Córdoba, entre DON Jose Carlos representado por el procurador Sra. Villén Pérez y asistido del letrado Sr serrano Molina y DON Felipe , actuando en nombre y representación de la DIRECCION000 DE CÓRDOBA, representado por el procurador Sr. Madrid Freire y asistido del letrado Sr. Beltrán Aroca, pendientes ante esta sala a virtud del recurso de Apelación interpuesto contra sentencia dictada en estos autos. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN RAMÓN BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

Primero.- Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Magistrado-Juez, cuya parte dispositiva dice: "Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra VILLEN PÉREZ en nombre y representación de D. Jose Carlos , contra LA DIRECCION000 ", representada por el Procurador Sr. MADRID FREIRE y debo condenar y condeno a la demanda a abonar al actor la cantidad de 571.448 ptas (QUINIENTAS SETENTA Y UNA MIL CUATROCIENTAS CUARENTA Y OCHO PESETAS), mas intereses legales desde la fecha de esta resolución, y costas procesales".

Segundo.- Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la comunidad demandada, que fue admitido en ambos efectos y, recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley, estándose en el caso de dictar sentencia.

Tercero.- En la tramitación de ambas instancias, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

Primero.- El primer motivo del recurso interpuesto por la parte demandada insiste en la apreciación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque en la propia sentencia (fundamento de Derecho 4°) se estima que hubo una manipulación de un tercero (electricista contratado por el vecino colindante con el actor, el 2.2) debió dicho vecino ser traído al litigio para evitarle indefensión ya que no ha tenido oportunidad de posicionarse y defenderse de dichos hechos que dejan por sentado, cuando menos y en principio, según el Juzgador "a quo" una responsabilidad solidaria junto con la comunidad de propietarios.

La desestimación que de dicha excepción se contiene en el fundamento de derecho 2 de la sentencia de instancia debe ser mantenida.

En efecto esta excepción, de creación jurisprudencial y aplicación incluso de oficio, se rige por principio impuesto a los órganos jurisdiccionales de cuidar de los litigios que se ventilen con la presencia de todos aquellos que pudieran resultar afectados por el Fallo a dictar, con la finalidad de evitar resoluciones contradictorias e impedir que nadie pueda ser condenado sin ser oído y vencido en juicio (s Ts 27.6.86, 11.11.88, 11.12.90, 7.1.92, 18.10.94) excepción, pues, que se relaciona estrechamente con el principio procesal de audiencia y contradicción y, como ha recalcado la jurisprudencia, tras la promulgación de la constitución, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama e art. 24 de la misma, de modo que el litisconsorcio solo deviene necesario cuando es obligado hacer valer la pretensión ejercitada frente a varias personas, bien por establecerlo la norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídica contradictoria (ss TS 15.5.93, 16.11.96) y en análogos términos ss 23.3 y 23.11.92, 11.10.96 y 16.12.96 , que concretan que, a sensu contrario, deriva la inaplicabilidad de la excepción cuando el pretendido litisconsorte no va a quedar en absoluto obligado por la decisión final, sino que su aportación a la ejecución dependerá de su exclusiva aquiescencia (s. 30.6.98).

En consecuencia para su estimación es preciso que concurran determinados requisitos que se pueden resumir de la forma siguiente:

1) Que exista una única relación material que vincule a la pluralidad de los interesados por el hecho de ser titulares de un derecho susceptible de padecer lesión. El TS ha estimado en diferentes resoluciones que "el litisconsorcio pasivo solo puede exigirse cuando la situación jurídica tiene el carácter de inescindible (STS 11.10.94).

2) Que la decisión judicial deba pronunciarse frente a varias personas con interés en el asunto que puedan resultar perjudiciales por la resolución que haya de recaer en el proceso en el que no han sido oídas; a sensu contrario, la excepción no debe admitirse cuando se pretende convocar a personas que carecen de interés legítimo o que mantengan un simple interés en el resultado del litigio con el fin o carácter reflejo, indirecto o tangencial (ss TS 30.1.93, 3.2.94, 7.4.95 y 30.6.98).

Segundo.- Pues bien en el caso que nos ocupa dos son los motivos que impiden la estimación del litisconsorcio. El primero porque la sentencia de instancia no se pronuncia de forma expresa sobre la responsabilidad de ese tercero y de Cordobesa de electricidad sino que obiter dicta precisa que en todo caso la responsabilidad de la Comunidad sería solidaria y por tanto no excluida por la intervención de esas terceras personas.

El segundo porque tratándose de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC es reiterada y máxime la jurisprudencia que determina que en tales casos la responsabilidad es solidaria, de manera que en el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de las posibles responsables solidarios como deudores por entero de la obligación de reparar o indemnizar en su integridad el daño causado, según dispone el art. 1114 CC (s. 22.12.89, 4.11.91, 30.9.92, 26.11.93 y 3.7.95) sin que exista litisconsorcio pasivo necesario (ss 10.3 y 22.12.89, 21.4.92, 21.4.93) Solidaridad que puede conceptuarse como impropia en cuanto no deriva de un vínculo preexistente, sino que nace de la imposibilidad inicial de distribuir en cuotas concretas su participación en la causa de los daños, es decir que la posible indeterminación de los límites de sus respectivas interelaciones, pero que no impide ni que durante el proceso se determine la individual cuantificación e incluso exención de responsabilidad de cada uno de los hipotéticos responsables, lo que implica la imposibilidad

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de apreciar litisconsorcio pasivo necesario y la no restitución de acciones de repetición posteriores entre los codeudores que, en distinta postura procesal, pueden de nuevo plantear litigio en torno a delimitar sus respectivas responsabilidades.

Doctrina que sería aplicable al caso que nos ocupa, pues con independencia de que los informes periciales aportados con la demanda y contestación -nuevos informes preprocesales y no genuina prueba pericial- se limitan al del ingeniero técnico Industrial Sr. Espejo Ramírez, presentado por el actor, a señalar que "pudieran ser ocasionados por una mala manipulación, error o contacto accidental provocado, por la empresa instaladora que reparó la avería existente en el 2-2, "precisando incluso que "esto es algo que puede ser aventurado afirmarlo...", y del perito de Mapfre Sr. Cabello Gonzalez a que el siniestro "pudo ser originado" por un exceso de consumo en dicha fase por dicho inquilino lo que originó la quema paulatina del aislante de la fase actora y por la proximidad de instalación hacer lo propio con el neutro de la vivienda 2-1, ocasionado el mencionado cambio de fase a neutro o que también "pudo ocurrir" que debido a la mala instalación de dicha ficha de conexión, se produjera un desajuste en alguno de los dos conductores provocando la avería mencionada", la responsabilidad hipotética de este tercero no afectaría a la de la comunidad por cuanto implicaría aquella solidaridad impropia, con vía libre para esta última de poder repercutir contra aquél.

Tercero.- No obstante haber sido articulada como tercer motivo la alegación relativa a la calificación de **elemento** privativo o comunitario del lugar donde se produjo la avería, considera la Sala prioritario su análisis.

En este sentido armonizando lo dispuesto en los arts 396 CC y 3 Ley 21.7.60 , cabe establecer, en relación a los **elementos comunes**, una clasificación bipartita, a saber, **elementos comunes** por naturaleza, como inherentes al derecho singular de propiedad sobre los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente que son objeto de enumeración ad exemplum en la propia ley, y **elementos comunes** por destino, cuales son aquellos que en concepto de anejos se describen especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares. Bien entendido que el art. 396 no hace una enumeración exhaustiva de los **elementos comunes**, como lo demuestra la locución de "tales" con que inicia dicha enumeración (ss 12.2.81, 4.4.81, 23.5.84, 17.6.88, 5.6.89, 14.10.91 y 26.5.94).

Con estas premisas, no obstante la normativa reglamentaria que se recoge en el recurso, la Sala llega a las mismas conclusiones que la juzgadora de instancia.

En efecto es criterio generalizado que las denominadas canalizaciones (entre las que **deben** entenderse comprendidas las conducciones eléctricas) son enumeradas en el art. 1 LPH y 396 CC y **deben** ser **tenidas** como **elemento común** en tanto no se acredite que los afectados son privativos de alguno de los comuneros (AP Málaga s. 3.5.93), por ello cuando la conducción discurre por el **elementos común** ha de entenderse, salvo disposición contraria de los Estatutos, que es **elemento común** (AP Madrid 24.12.90; Zaragoza 7.10.96 , ello implica que la distinción que pretende el recurrente entre el cuarto donde se encuentra centralizado todo el grupo de contadores, que sería comunitario, y la derivación eléctrica de cada vecino que parte desde cada contador, que todo comunero tiene y que va a parar individualmente a cada vivienda por **elemento comunes** que sería privativa, no pueda aceptarse, de acuerdo con lo establecido en el art. 396 CC , en relación con el art. 3° a) de la L.P.H ., que atribuye a cada propietario el derecho singular y exclusivo sobre las instalaciones de todas clases sólo cuando se reúnen dos requisitos: que estén comprendidos dentro de los límites de un piso o local y sirvan exclusivamente a su dueño, y en el caso concreto que nos ocupa aunque el daño en las instalaciones se haya provocado en la derivación individual de un abonado, la instalación troncal de la derivación, aún siendo para cada uno de los comuneros, pertenece a la comunidad, ya que deriva de instalaciones **comunes**, regletas únicas y capas de fusibles con la disposición de todos los abonados de la escalera y discurre por zonas **comunes**, resultando imposible mantenerlas individualmente.

Cuarto.- Sentada, por tanto, la condición de **elemento común**, la responsabilidad de la comunidad que se combate en la alegación 3ª del recurso, debe ser mantenida, ya que, en contra de la tesis del recurrente, si se advierte una omisión culposa por parte de aquella que fue causal en orden a la producción del hecho dañoso.

En efecto de los arts 9 y 13 LH se desprende que compete a la comunidad acordar las medidas necesarias o concurrentes para el mejor servicio **común** y es por tanto responsable frente a cada uno de los comuneros de mantener los **elementos** e instalaciones **comunes** en buen estado para evitar causar daños y perjuicio a éstos.

La sentencia de instancia considera probado que las instalaciones **comunes** de referencia se encontraban sin precintar, ello implica ya una negligencia y omisión en su cuidado y mantenimiento y si a ello se añade la falta de explicación suficiente de cómo esa empresa de electricidad pudo tener acceso a una llave del cuarto del grupo de contadores, si según la testifical de D. Rafael , portero de la comunidad, es él la única persona, junto con el Presidente, que tiene llaves, la responsabilidad de la Comunidad no puede ser cuestionada.

Quinto.- Finalmente impugna el recurrente la imposición de costas, al concurrir circunstancia innecesarias de exención.

El motivo deviene inaceptable. La s. TS 15.10.92 refiriéndose al fundamento de la imposición de costas declaró que el TC tiene establecido que la imposición de costas constituye un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las actuaciones judiciales o de la desestimación total de éstas, según el régimen legal que rige el proceso o el recurso. En consecuencia la posibilidad de imposición de las costas de una determinada litis al constituir un riesgo potencial, exige en los litigantes la necesaria ponderación, mesura y asesoramiento concurrentes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones. Y en cierto sentido, viene a actuar como corrección a litigiosidades caprichosas, totalmente infundadas empecinadas e incluso fraudulentas (TC 84/91).

Por ello el art. 523 LEC , en su redacción proveniente de la reforma urgente de la Ley Enjuiciamiento Civil por Ley 34/84 de 6-8 , dispone que en los juicios declarativos las costas de primera instancia se impondrán a las partes cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. Si la estimación o desestimación fueran parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las **comunes** por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

De la anterior regulación podemos deducir que la ausencia de mala fe o temeridad en el actor -entendida la primera, según STS 2.6.67 , como la conducta del que a sabiendas de que es injusta su pretensión u oposición, la mantiene en el proceso, mientras que la segunda comprendería a quien si hubiese obrado con la debida diligencia podría haberse enterado de que no le asistía razón para adoptar la postura que sostuvo en el proceso -no es, por si sola, circunstancia excepcional que justifique la no imposición.

La actual redacción del art. 523 supuso el abandono del sistema subjetivo de la imposición de costas, en el que se concedía al órgano judicial potestad para imponer los gastos del juicio cuando apreciare aquella mala fe o temeridad litigiosa en la actuación procesal de alguna parte en base al art. 1902 CC , para introducir el sistema objetivo, conforme al cual las costas se imponen a la parte cuyas pretensiones son desestimadas, sin dejar margen a valoraciones judiciales sobre una conducta procesal, aunque de forma atenuada al permitir la no imposición de apreciarse concurrencia de circunstancias excepcionales -la constitucionalidad del sistema objetivo ha sido proclamada por el TC s. 29.10.86- siendo lo más coherente con el sistema objetivo que las costas las tenga que pagar el litigante vencido, criterio este cuyo fundamento radica en la consideración de que la posición patrimonial del litigante que ganó el pleito no tiene que soportar los gastos inherentes al mismo, ni el interés del propio legislador -y del juzgador e incluso del Estado- de que el hecho de acudir a la vía procesal quienes se estimen perjudicados y no obstante haber conseguido el conocimiento de su derechos, pueda verse perjudicado con la carga de las costas, aún cuando solo fuera en parte.

Doctrina que aplicable al caso enjuiciado conlleva el mantenimiento de la condena en costas a la Comunidad de Propietarios demandada cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

Sexto.- Desestimándose el recurso las costas de la alzada se imponen al apelante, art. 736 LEC.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. MADRID FREIRE en la representación que tiene acreditada, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 5 de Córdoba, en los autos de juicio de Cognición núm 345/99 , debemos confirmar y confirmamos meritada resolución con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a su debido tiempo remítanse, junto con los autos originales, certificación de esta Sentencia, al juzgado referido, para su conocimiento y cumplimiento, interesándole acuse recibo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ