



Roj: **AAP M 3412/2019 - ECLI:ES:APM:2019:3412A**

Id Cendoj: **28079370142019200116**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **09/09/2019**

Nº de Recurso: **328/2019**

Nº de Resolución: **194/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SAGRARIO ARROYO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0197387

Recurso de Apelación 328/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1076/2017

APELANTE: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ CAMINO000 NUM000

PROCURADOR D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

APELADO: AVINTIA PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES SL

PROCURADOR D. ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO

D. Eulalio

PROCURADOR Dña. ADELA CANO LANTERO

Dña. Martina

PROCURADOR Dña. MARIA IRENE ARNES BUENO

SEVNUVI SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA

PROCURADOR D. RICARDO LUDOVICO MORENO MARTIN

AUTO

ILMOS/AS SRES/SRAS. MAGISTRADOS/AS

D. JUAN UCEDA OJEDA

DA. PALOMA GARCÍA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En MADRID, a nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de RPROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1076/2017, procedentes del JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº 26 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 328/2019, en los que aparece como parte apelante COMUNIDAD



DE PROPIETARIOS DE LA CAMINO000 N° NUM000 DE SEVILLA LA NUEVA (MADRID), representada por el procurador DON JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO, asistida por el Letrado DON MARIO CARREÑO LÓPEZ, como apelada AVINTIA PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.L., representada por el procurador DON ANTONIO BARREIRO-MEIRO BARBERO, asistido del Letrado DON JUAN ARESES VIREL; DON Eulalio, representado por la procuradora DOÑA ADELA CANO LANTERO, asistida de la Letrada DOÑA VIRGINIA ORTÍ RODRÍGUEZ; DOÑA Martina, representada por la procuradora DOÑA IRENE ARNÉS BUENO, asistido del Letrado DON JESÚS SÁNCHEZ CAMPOS; SEVNUVI, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA, representada por el procurador DON RICARDO LUDOVICO MORENO MARTÍN, asistido del Letrado DON ALFONSO MARÍA CÁRDENAS BLANCO, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en fecha 31 de enero de 2019 se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Tener a la parte actora por no comparecida en forma en el acto de la audiencia previa y, en consecuencia, tenerla por desistida y sobreseer el proceso, con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de la demandante, al que se opusieron las representaciones de los demandados; y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 4 de septiembre del 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se acepta en parte la fundamentación de la resolución apelada en los términos que, a continuación, se expondrán.

PRIMERO.- Presupuestos de la apelación

Para la resolución del recurso hemos de establecer los antecedentes del mismo.

1.- Auto de primera instancia

En el auto de fecha 30 de enero del 2019 acuerda el desistimiento, con el consiguiente sobreseimiento y condena en costas a la actora, por cuanto a los efectos del artículo 414 LEC, el procurador no puede ser sustituido por el oficial habilitado, cuando a tal acto no comparece la parte.

2.- Recurso de apelación

2.1.- Debió acordarse al inicio de la audiencia previa, lo que hubiera permitido a esta parte la sustitución por otro Procurador. Identificadas las partes y quienes actuaban por ellas, el Juez acordó su continuación, por lo que ha de entenderse la debida representación de la actora. Todas las partes se pronunciaron sobre el posible acuerdo, y solo después de la intervención de los letrados, de manera sorpresiva, acuerda que no puede actuar el oficial habilitado. No debió iniciarse la audiencia, y menos aún, que los letrados se pronunciaran sobre un posible acuerdo. Se causó indefensión a esta parte, al no haber podido solicitar la sustitución del procurador por otro. El Juez no acordó la nulidad de lo actuado hasta el momento en el que tomó la decisión de sobreseer el proceso, por lo que dotó de validez de todo lo que hasta ese momento se produjo. En la demanda se hacía referencia al artículo 231 LEC.

2.2.- El oficial habilitado no está facultado para renunciar, allanarse o transigir, pero sí está facultado para asistir a la audiencia previa y más si, como en este caso, las demandadas se negaron a toda posibilidad de acuerdo.

2.3.- Improcedencia de la condena en costas.

3.- Por las partes apeladas se oponen al recurso formulado de contrario.

SEGUNDO.- Asistencia del oficial habilitado del Procurador a la audiencia previa

Como se deriva del artículo 414.2 LEC a la audiencia previa, si no asistiere la parte, deberá comparecer el Procurador con poder para renunciar, allanarse o transigir (artículo 25.2 LEC), y así se hace constar en la diligencia de 5 de julio de 2018 en la que se acuerda convocar a las partes a la audiencia previa (folios 254 a 256).



La cuestión que se plantea es si a tal acto puede asistir el oficial habilitado, como es el supuesto del presente recurso, pues tal y como consta en el soporte audiovisual del acto de la audiencia previa no compareció el Procurador de la actora-apelante sino su oficial habilitado.

La asistencia del Procurador con poder especial al acto de la audiencia previa, cuando no asista la parte, es un criterio de esta Audiencia Provincial, sin posibilidad de asistir, al mencionado acto, el oficial habilitado.

A tales efectos, hemos de traer a colación, entre otras, las siguientes resoluciones.

- SAP Madrid Sección 20ª del 20 de marzo de 2014 recurso 110/2013 "En consecuencia, dado que ni la propia actora ni su Procurador comparecieron al acto de la Audiencia Previa celebrada el 26 de abril de 2.011, haciéndolo por éste un Oficial habilitado, a pesar de advertírseles sobre la manera de cómo habría de concurrir a la misma al ser citados en virtud de lo dispuesto en la Diligencia de Ordenación de 9 de febrero de 2.011; y dado que a pesar de ello, y denunciado el defecto de representación, no se solicitó ni la suspensión del acto ni su posibilidad de su subsanación (art. 231 de la LEC), es obvio que de conformidad con lo establecido en el art. 414.2 de la LEC se le tuvo que haber tenido por no comparecida y haberse sobreesido el proceso, tal y como dispone el apartado siguiente del referido precepto e interesó el demandado".

- Auto AP Madrid Sección 28 del 27 de mayo de 2011 recurso 34/2011 " A la vista de lo expuesto la sustitución del procurador por su oficial habilitado no es posible cuando se trata de representar a la parte en el acto de la audiencia previa en la que, además, se exige que el procurador tenga poder para renunciar, allanarse o transigir, actuaciones que, en ningún caso, el oficial habilitado de un procurador podrá autorizar en nombre del poderdante ni, evidentemente, nos encontramos en el supuesto de la mera sustitución del procurador en una comparecencia para solicitar o recibir notificaciones, requerimientos y emplazamientos o presenciar el informe del letrado.

No se trata de desconocer ni de minusvalorar la enorme dificultad de los procuradores para atender a la multiplicidad de señalamientos sin perjudicar la actividad judicial y más aún ante la enorme dispersión de sedes judiciales, pero en el marco legal vigente, con independencia del número de señalamientos que tenga el procurador, no cabe su sustitución por un oficial habilitado para comparecer en el acto de la audiencia previa.

Esta misma conclusión fue alcanzada en la reunión de magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, para la unificación de criterios, celebrada el día 23 de septiembre de 2004, acuerdo nº 15, ratificado en la reunión celebrada el día 11 de septiembre de 2008 -acuerdo nº 1º-, según el cual: "La sustitución del Procurador por oficial habilitado sólo es posible en las actuaciones que no son estrictamente propias de la representación: prestación de funciones o servicios como cooperadores de la Administración de Justicia, a que se refiere el artículo 3.2 del Estatuto General del Procurador, por lo que no puede intervenir en las vistas en que la Ley faculta para renunciar, transigir o allanarse."

- Auto AP Madrid Sección 13ª 26 de febrero de 2010 recurso 719/2009 "SEGUNDO.- En el ámbito de las relaciones jurídicas han de distinguirse las cuestiones sustantivas de aquellos otros efectos que se producen por determinadas actuaciones en el seno de un procedimiento judicial en el que se debaten y hacen valer los derechos subjetivos. Si en el primer ámbito, netamente privado, resulta plenamente lícito actuar por medio de representantes o mandatarios, generales o particulares, tales como los factores mercantiles, dependientes o mancebos, produciendo su gestión plenos efectos en la órbita del mandante o representado, trátase de persona física o jurídica, siempre y cuando su actuación se produzca dentro del marco representativo concedido y del legalmente preestablecido. En el segundo, procesal y sujeto al derecho necesario excluyente de la voluntad de las partes, dentro del que quedan comprendidas las normas reguladoras del desarrollo y tramitación del proceso, se incardina el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece la obligada comparecencia en juicio por medio de Procurador, que es quien representa a la parte, con las únicas excepciones que se relacionan en su número 2, entre las que no se halla el procedimiento aquí seguido, haciendo buena la voluntad del legislador plasmada en el apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley, que considera a los Procuradores pieza importante dentro del nuevo diseño procesal.

La relevante intervención representativa del Procurador, con trascendentes funciones dispositivas sobre el objeto del proceso cuando no interviene la parte a la que representan, como pone de manifiesto el nº. 2 del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la necesaria presencia del Juez o Tribunal en las declaraciones, pruebas y vistas, cuya infracción sanciona el artículo 137 de la misma ley con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones, constituyen bases fundamentales sobre las que se asienta el proceso civil.

El mencionado artículo 414.2 no sólo exige que cuando no asistan personalmente las partes lo haga su Procurador, según lo preceptuado en el artículo 23.1, sino que además impone que este lo haga con poder especial para renunciar, allanarse o transigir, de modo que si aquellas no concurrieren personalmente o de hacerlo



por medio de Procurador no hubieren otorgado tal poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia. La asistencia personal de la parte o la comparecencia del Procurador con poder que comprenda las especiales facultades para llevar a cabo los actos indicados constituye un presupuesto previo e imprescindible para que pueda darse inicio a la audiencia misma, siendo, por tanto, anterior su examen al desarrollo de su contenido procesal que recogen los artículos 414 y ss., ya que no puede quedar condicionada ni subordinada la válida constitución de la audiencia y la eficaz intervención en ella de las partes, por medio de sus representantes procesales, en función de cual sea el contenido o desarrollo de tal acto procesal, según se disponga o no de todo o parte de lo que es objeto del juicio, se alcance algún acuerdo o se aumente o modifique aquél en alguna de las formas que se prevén en los artículos 415, 419, 420, 426 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, la decisión de si las partes han comparecido con arreglo a derecho es preferente al desarrollo de la audiencia previa, sin que, por tanto, pueda posponerse a su conclusión, ni hacerse depender el sentido de aquélla el concreto contenido del propio acto, como parece que en alguna resolución aislada de esta Audiencia Provincial lo ha admitido (Sentencia de la Sección Novena de 6 de febrero de 2004). El auto de la Sección Decimocuarta de 26 de noviembre de 2003, que cita la recurrente, contempla un supuesto distinto, puesto que la parte demandada, que estaba en rebeldía, no compareció a la audiencia previa ni, por tanto, formalizó objeción alguna a la sustitución del Procurador por el oficial habilitado, ni pudo efectuar la alegación a que se refiere el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y la Sentencia de la Sección Décima de 12 de noviembre de 2007 se refiere a la sustitución del Procurador por otro Procurador, no por oficial Habilitado.

Los artículos 3 y 5 del Estatuto General de los Procuradores, aprobado por Real Decreto 1281/2.002, de cinco de diciembre, precisan el contenido de la representación y la preceptividad de su intervención. Sin embargo, es cierto que el artículo 29, concorde con el artículo 438-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, contempla la posibilidad de su sustitución, pero no de un modo general e indiscriminado, al tomar en consideración la cualificación del sustituto, sino en los siguientes términos: "Los procuradores podrán ser sustituidos, en el ejercicio de su profesión, por otro procurador de la misma demarcación territorial, con la simple aceptación del sustituto, manifestada en la asistencia a las diligencias y actuaciones, en la firma de escritos o en la formalización del acto profesional de que se trate. Para que opere la sustitución entre procuradores no es necesario que el procurador sustituto se encuentre facultado en el apoderamiento del procurador sustituido, ni que el procurador sustituido acredite la necesidad de la sustitución. En todo caso, las sustituciones de procuradores se registrarán por las normas de contrato de mandato contempladas en el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

También podrán los procuradores ser sustituidos, en las asistencias, diligencias y actuaciones, por su oficial habilitado en la forma que reglamentariamente se establezca, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

En este último caso, a diferencia del anterior supuesto de sustitución por otro procurador, la forma, casos y requisitos en que deba tener lugar la sustitución por el oficial habilitado se somete a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido, sin que norma alguna, ni desde luego la diferente cualificación profesional del sustituto, permita la aplicación analógica del párrafo primero del precitado artículo 29.

La interpretación sistemática y lógica de los preceptos examinados no conduce a considerar que la intervención del oficial habilitado se extienda a la representación otorgada al procurador, debiendo comprender únicamente las labores de auxilio para la realización de aquellas funciones o servicios a las que se refiere el artículo 3.2 del Estatuto como cooperadores de la Administración de Justicia, sin que en ningún caso se produzca el desplazamiento y la correlativa asunción de la representación conferida al procurador, dentro de cuyo marco funcional exclusivo se ubican las facultades de desistir, renunciar, transigir, allanarse o disponer de cualquier otro modo sobre el objeto del procedimiento. En otro caso, sin cobertura legal ni reglamentaria, se estaría equiparando la figura del procurador con la del oficial habilitado, lo que el ordenamiento jurídico vigente no permite.

Esta interpretación de los preceptos citados es la que llevó a los Magistrados de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Madrid, en la reunión celebrada el veintitrés de septiembre de 2.004 para la unificación de criterios, al tomar el acuerdo de considerar que la sustitución del procurador por su oficial habilitado sólo es posible en la prestación de funciones o servicios de cooperación o auxilio, a que se refiere el artículo 3.2 del Estatuto General, mas no en aquellos casos que se enmarcan en el núcleo de la representación, en que el procurador (representante) dispone del derecho y de los intereses de su representado como si fuera el mismo el que actúa.

Finalmente hemos de añadir que aún cuando el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en algunos acuerdos (6 de febrero de 2002 y 19 de junio de 2002), y la Comisión Permanente (Reunión de 11 de marzo de 2008), de carácter exclusivamente gubernativo, ha admitido la posibilidad de que el Procurador pueda ser sustituido por el oficial Habilitado de la Procuraduría, aquéllos no tienen efectos vinculantes en lo que se refiere a la aplicación de las normas procesales por los Jueces y Tribunales por carecer de competencias jurisdiccionales, ni desde luego deslinda los casos en que tal sustitución puede realizarse con plenos efectos".



En el mismo sentido el Auto AP Madrid Sección 13ª 7 de diciembre del 2006 recurso 637/2006.

De las resoluciones citadas en el presente fundamento, como hemos señalado, en el acto de la audiencia previa, a los efectos del artículo 414.2 LEC no puede actuar el oficial habilitado en ausencia del Procurador, cuando no comparezca la parte.

TERCERO.- Aplicación al supuesto de las actuaciones

En el supuesto del presente recurso como hemos señalado, y se corrobora en el soporte audiovisual, comparece el oficial habilitado del Procurador don José Manuel Fernández Castro (hora 10:44), si bien no se resuelve de inmediato por el Juzgador, sino que comienza planteando a las partes si es posible el acuerdo (hora 10:46), el letrado de la demandante alega que podría resolverse por un perito judicial (10:46) los letrados de los demandados alegan que no hay posibilidad de acuerdo (hora 10:47), es en ese momento (hora 10:47:45) cuando el juzgador hace patente que ha comparecido el oficial habilitado quien no puede asistir a efectos de transacción, el letrado de la demandante alega que no tiene transcendencia (hora 10:48), el Juzgador aplica el artículo 414.2 LEC, y el letrado de la demandante pide que se sustituya al Procurador por otro compañero de los que están esperando para evitar indefensión (hora 10:50), lo que se reitera al interponer el recurso de reposición (hora 10:52).

Hemos de estar conformes con el recurso al señalar que no debió de iniciarse la audiencia previa, una vez identificados los profesionales que por cada una de las partes intervinieron, pues así se deriva de lo establecido en el artículo 415.1 LEC. Sin embargo, no puede entenderse que, pese a esta irregularidad, pudiera continuar la audiencia previa, máxime cuando la posibilidad de acuerdo no solo puede producirse en el momento inicial, sino también a lo largo de su desarrollo, así de manera expresa, el artículo 428.2 LEC, y no podemos obviar que el defecto se observa inmediatamente se pronuncian las partes sobre la posibilidad de acuerdo del primero de los preceptos reseñados.

Si tenemos en cuenta lo que se constata en el soporte audiovisual no podemos entender que se solicitara la subsanación del defecto, por cuanto, como hemos transcrito con anterioridad, el letrado no solicita que se deje sin efecto el acto, y se señale de nuevo para que pueda comparecer el Procurador, sino que lo solicitado es la sustitución del Procurador de la parte demandante por otro de los que están esperando para los juicios posteriores, lo que no puede ser de recibo, por cuanto el Procurador sólo podría ser sustituido si el sustituto constase en el poder especial (SAP Madrid sección 21 del 10 de noviembre de 2015 recurso 427/2014), sin que conste que alguno de los que estuvieran en las inmediaciones del Juzgado estuvieran incluidos en el poder especial que se acompaña a la demanda. Por lo tanto, no puede alegarse indefensión, a los efectos del artículo 24 CE, máxime cuando cualquier indefensión devendría de la parte que la alega.

En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso en cuanto a la infracción del artículo 414.2 LEC y la indefensión que se alega.

CUARTO: Costas de primera instancia

Con relación a las costas de primera instancia, el artículo 414.2 LEC nada establece, sin que pueda equipararse al desistimiento del artículo 20 LEC y, por lo tanto, aplicar, como hace la resolución recurrida, el artículo 396.1 LEC, ni podemos estar al criterio de vencimiento del artículo 394.1 LEC; a su vez, hemos de tener en cuenta las especiales circunstancias que concurren en el presente supuesto, por cuanto como hemos señalado en el anterior fundamento, al no comparecer el Procurador con poder especial ni la parte, y solo comparecer el oficial habilitado, no debió de haberse iniciado el acto a los efectos del artículo 415.1 LEC. Es más, ninguna de las partes demandadas solicitó la continuación del procedimiento.

Por estas consideraciones entendemos que procede acoger el motivo, y no procede hacer declaración sobre las costas de primera instancia.

QUINTO: Costas de segunda instancia.

Al estimarse en parte el recurso, a los efectos del artículo 398.2 LEC, no procede hacer declaración sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CAMINO000 N° NUM000 DE SEVILLA LA NUEVA (MADRID), representada por el procurador DON JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO; contra el auto de fecha 31 de enero de 2019 dictado en autos de juicio ordinario nº 1076/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, DEBEMOS



REVOCAR la citada resolución en el sentido de no hacer declaración sobre costas causadas en primera instancia manteniendo el resto de sus pronunciamientos, y sin imponer a ninguna de las partes las costas de esta alzada.

La estimación en parte del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ