



Roj: **SAP CO 117/2022 - ECLI:ES:APCO:2022:117**

Id Cendoj: **14021370012022100116**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2022**

Nº de Recurso: **234/2021**

Nº de Resolución: **120/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICTOR MANUEL ESCUDERO RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION PRIMERA - CIVIL

Ciudad de la Justicia- C/ Isla Mallorca s/n (planta tercera)

Tlf.: 957.745.076 - 600.156.208 - 600.156.218. Fax: 957 00 24 43

N.I.G. 1402142120190022746

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 234/2021-JM

Autos de: Procedimiento Ordinario 1745/2019

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE CORDOBA

SENTENCIA núm. 120/2022

Il'tmos. Sres.:

Presidente

D. PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO

Magistrados:

D. VÍCTOR MANUEL ESCUDERO RUBIO

D. FERNANDO CABALLERO GARCIA

En Córdoba, a siete de febrero de dos mil veintidós.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación nº 234/2021, interpuesto contra la sentencia de 29 de octubre de 2020, dictada en el procedimiento ordinario nº 1745/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba, a instancia de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE CAMINO000 Nº NUM000 de CÓRDOBA, representada por la Procuradora SRA. MEDIDA LAGUNA y asistida del Letrado SR. ROCA DE TORRES, contra UNICAJA BANCO, S.A.U., representada por el Procurador SR. LÓPEZ AGUILAR y asistida del Letrado SR. PÉREZ AMARO, habiendo sido en esta alzada parte apelante la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE CAMINO000 Nº NUM000 de CÓRDOBA y designado ponente D. Víctor Manuel Escudero Rubio.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO: El 29 de octubre de 2020 se dictó sentencia en el procedimiento ordinario nº 1745/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba, cuya parte dispositiva establece:



"DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CAMINO000 N.º NUM000 de CÓRDOBA contra UNICAJA SAU y ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones contra ella deducidas. Todo ello con expresa condena a la parte demandada al pago de las costas causadas en esta primera instancia"

SEGUNDO: Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE CAMINO000 N.º NUM000 de CÓRDOBA en virtud de la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes y celebrándose la deliberación el día 4 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los fundamentos jurídicos de la sentencia, y

PRIMERO: PLANTEAMIENTO.

El recurso tiene por objeto la sentencia de 29 de octubre de 2020, dictada en el procedimiento ordinario nº 1745/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba. Dicha resolución desestima la demanda, con imposición de costas a la actora. La demanda ejercitaba las siguientes pretensiones: 1) la declaración de la necesidad de instalar un ascensor en la COMUNIDAD a efectos de accesibilidad de propietarios y moradores, ocupando 8,40 m2 del local propiedad de D^a Estefanía ; 2) la declaración del derecho de constituir una servidumbre de paso sobre dicho local y a favor de la COMUNIDAD; y 3) la condena a UNICAJA BANCO, S.A.U. a "autorizar dicha constitución de hipoteca, sin modificar ninguna de las condiciones que en su día se pactaron, ni pago anticipado, que seguirán vigentes en todos sus extremos, salvo esta carga de servidumbre de paso, que por imperativo legal debe de exigirse a la demandada".

Como señala la parte apelada, el recurso no es particularmente claro respecto de los pronunciamientos objeto del mismo. No obstante, en aras a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio pro actione (principio que, aunque matizado en segunda instancia, también es operativo), puede deducirse que el pronunciamiento impugnado es la desestimación de la tercera de las pretensiones ejercitadas de la demanda, pues nada se indica sobre el resto en el recurso, así como la imposición de costas.

SEGUNDO: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA SERVIDUMBRE A FAVOR DE LA COMUNIDAD.

La sentencia de instancia considera que dicho consentimiento no es necesario para la constitución e inscripción de la servidumbre, negando su legitimación pasiva.

Frente a ello, se alza la recurrente, manteniendo la necesidad de tal consentimiento, máxime teniendo en cuenta la calificación de la Registradora de la Propiedad, y alegando el abuso de derecho de la demandada.

Pongámonos en antecedentes. La COMUNIDAD lleva muchos años intentando instalar en el bloque un ascensor que facilite la accesibilidad a sus moradores. Finalmente, y en virtud de un acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria de 18 de febrero de 2019, se pactó con D^a Estefanía , propietaria de un local situado en el mismo, que la COMUNIDAD ocuparía 8,40 m2 del local a cambio de 14.418 euros, constituyéndose la correspondiente servidumbre. El 26 de octubre de 2020 (tres días antes del dictado de la sentencia) dicho acuerdo se formaliza en escritura pública. Presentada la escritura al Registro de la Propiedad para su inscripción, la Registradora suspende el despacho hasta la subsanación de los defectos advertidos: falta de consentimiento de UNICAJA BANCO, S.A.U., como acreedor hipotecario, y la determinación de la zona ocupada mediante coordenadas de referencia geográfica.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, debemos poner de manifiesto dos circunstancias. Por un lado, que, lógicamente, en nada vincula al resultado de este procedimiento el sentido de la calificación de la Registradora. Por otro, UNICAJA BANCO, S.A.U. ha basado su defensa en este procedimiento en su falta de legitimación pasiva, afirmando en su contestación que "como acreedor hipotecario, no es necesario su consentimiento o autorización para la constitución de la servidumbre objeto de este procedimiento para la instalación de un ascensor".

Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa, hay que poner de manifiesto que no nos encontramos ante una servidumbre constituida "libremente" por D^a Estefanía , sino que es consecuencia de un acuerdo de la COMUNIDAD para la instalación del ascensor. Como resulta de la STS el 10 de marzo de 2016 (ROJ: STS 979/2016), existe la obligación por parte del comunero de permitir la ocupación de parte del inmueble de su propiedad cuando tal "invasión" resulte necesaria para la ejecución de un acuerdo comunitario de instalación

de un ascensor siempre que con ello no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo. Textualmente, la sentencia afirma: "(ii) Lo que se cuestiona es si esa necesidad, en este caso de instalación de ascensor, que tienen los propietarios de viviendas, es un derecho de la Comunidad sin limitaciones, por el que, existiendo el quórum legal exigido, se pueda obligar a un copropietario a ceder parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

(iii) La respuesta es afirmativa, pero con matices. Se ha de dar a partir de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar el ascensor, teniendo en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo respecto a que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento. Esto es, se trata de apreciar si la afección va más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 CC, y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que concibe una desaparición de la posibilidad del aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3a) de la Ley (STS de 15 diciembre 2010).

(iv) La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurriría el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 22 diciembre de 2010)".

Por tanto, si el dueño del predio sirviente está obligado a asumir la servidumbre cuando concurren tales circunstancias, esa obligación también se extiende también al acreedor hipotecario, que no puede oponerse a la misma. Es verdad que la constitución de la servidumbre disminuye el valor de la garantía, pero no podemos olvidar que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para proteger al acreedor en tales casos, como el art. 1877 CC y los artículos 109 y 110 LH.

En el presente supuesto, la conducta de UNICAJA BANCO, S.A.U. no ha sido coherente.

Por una parte consta que antes del procedimiento, sostuvo la necesidad de contar con su consentimiento para la celebración del negocio. Sobre esta cuestión, son particularmente ilustrativos los correos electrónicos cruzados entre el letrado de la COMUNIDAD y el Letrado de D^a Estefanía (D. Candido).

El 16 de mayo de 2019, el Letrado de la Comunidad remite un correo al Letrado de D^a Estefanía (D. Candido) con el siguiente tenor: "Ya he estado en la notaría hablando con Cirilo para ir preparando la escritura. (...) Necesito de ti dos gestiones: 1) Título de Propiedad de tu cliente. 2) Autorización del Banco de que la parte afectada por servidumbre queda fuera de la hipoteca".

El 6 de septiembre de 2019, D. Candido remite un correo al Letrado de la Comunidad en el que indica: "El banco ya ha contestado a mi cliente diciendo que sólo conceden la autorización para la firma en caso de que se lleve a cabo una sustancial amortización de hipoteca que mi cliente no está en condiciones de llevar a cabo".

Como vemos, antes del procedimiento UNICAJA BANCO, S.A.U. entiende que es necesario su consentimiento, pretendiendo en virtud del mismo una amortización sustancial de la hipoteca. Ningún sentido tiene pensar que D. Candido faltó a la verdad en el contenido de dicho correo. Frente a ello, UNICAJA BANCO, S.A.U. ha sostenido lo contrario dentro de este proceso. Si UNICAJA BANCO, S.A.U. ha mantenido su legitimación fuera del proceso, no puede negarla dentro del mismo, lo que unido a que la Registradora de la Propiedad no ha inscrito la escritura de constitución de la servidumbre, entendiéndose que es necesario que UNICAJA BANCO, S.A.U. preste su consentimiento, en virtud del principio de tracto sucesivo, se estima el recurso, si bien no en los términos solicitados estrictamente en el recurso y en la demanda, sino únicamente en el sentido de condenar a UNICAJA BANCO, S.A.U. a prestar su consentimiento a la servidumbre constituida a favor de la actora mediante escritura pública de 26 de octubre de 2020, otorgada ante el Notario D. José Antonio Caballos Castilla con el número 3.487 de su protocolo, lo que no es más que adecuar el punto 3 del suplico de la demanda a las vicisitudes ocurridas dentro del proceso, siendo evidente que la demandada carece de legitimación pasiva respecto de los apartados 1 y 2, apartados sobre los que no se entra en el recurso.

En consecuencia, se estima parcialmente el motivo.

TERCERO: COSTAS DE LA INSTANCIA.

Al haberse estimado parcialmente el recurso, la demanda ha sido también estimada parcialmente, por lo que cada parte asumirá sus costas y las comunes por mitad (art. 394.2 LEC).

CUARTO: COSTAS DEL RECURSO Y DEPÓSITO.

De cuanto antecede se desprende que el recurso ha sido estimado parcialmente, lo que determina que no se impongan las costas a ninguna de las partes, procediendo la devolución del depósito (artículos 394 y 398 LEC Y DA 15^a LOPJ).



A la vista de tales hechos y fundamentos de derecho.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE CAMINO000 N° NUM000 de CÓRDOBA contra la sentencia de 29 de octubre de 2020, dictada en el procedimiento ordinario nº 1745/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba,

1.- Debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, de modo que manteniéndose la desestimación de las pretensiones contenidas en el punto 1 y 2 del suplico de la demanda, condenamos a UNICAJA BANCO, S.A.U. a prestar su consentimiento a la servidumbre constituida a favor de la actora mediante escritura pública de 26 de octubre de 2020, otorgada ante el Notario D. José Antonio Caballos Castilla con el número 3.487 de su protocolo. Cada parte asumirá las propias y las comunes por mitad.

2.- Cada parte asumirá las costas del recurso causadas a su instancia y las comunes por mitad, devolviéndole al recurrente el importe del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y de infracción procesal del que conocería la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días con los requisitos que establece el artículo 477 y siguientes LEC y conforme a los criterios del Acuerdo de 27.1.2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los referidos recursos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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