



Roj: **SAP S 419/2018 - ECLI:ES:APS:2018:419**

Id Cendoj: **39075370022018100198**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **01/06/2018**

Nº de Recurso: **426/2017**

Nº de Resolución: **317/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL CARLOS FERNANDEZ DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000317/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Miguel Carlos Fernandez Diez.

Don Bruno Arias Berrioategortua.

Doña Milagros Martinez Rionda.

=====

En la Ciudad de Santander a uno de junio de dos mil dieciocho.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de juicio Ordinario número 163 de 2016, Rollo de Sala número 426 de 2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Santander, seguidos a instancia de D. Manuel en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 contra Comunidad de Propietarios DIRECCION001 NUM001 y Telefonía Móviles España S.A.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 , representado por el Procurador Sr. Mateo Pérez y dirigido por el Letrado Sr. Mazo Pérez; y parte apelada Comunidad de Propietarios DIRECCION001 NUM001 representada por el Procurador Sr. Ruiz Canales y dirigido por el Letrado Sr. Sánchez y Resina y Telefónica Móviles España SAU representado por la Procuradora Sra Aguilera Pérez y dirigido por la Letrada Sra Echevarría Iriarte.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Carlos Fernandez Diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha veinte de Marzo de 2.017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la Demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Mateo Pérez en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 asistido por la Letrada Sra. Mazo Pérez contra la Comunidad de Propietarios de DIRECCION001 nº NUM001 , y TELEFONIA MOVILES ESPAÑA, debo absolver a los citados demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, condenando a la actora a pagar las costas procesales causadas"

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo se remitieron los autos a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se señaló para deliberación y fallo del recurso el día siete, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.



TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar Sentencia por el volumen de asuntos que pesan sobre el órgano judicial

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia en que se desestima la acción ejercitada en la demanda, declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento de cubierta de un edificio con Telefónica Móviles de España SA. para la instalación de antenas de telefonía, consiguiente retirada de instalaciones de la cubierta del edificio y reclamación de cantidad por las cantidades percibidas por la comunidad demandada en exclusiva desde la celebración del contrato hasta la retirada de las instalaciones, se alza el recurso interpuesto por la comunidad actora, C.P. DIRECCION000 NUM000 , reiterando sus pretensiones.

SEGUNDO: El primer tema debatido es el relativo a si estamos en presencia de una sola comunidad de propietarios de derecho, o si por contra tal y como se razona en la resolución recurrida y sostiene la comunidad demandada estamos en presencia de un complejo inmobiliario de los contemplados en el Art. 24 de la LPH .

Ha de comenzarse señalando que el título constitutivo, el que contiene la declaración de obra nueva y sujeción del edificio al régimen de la propiedad horizontal está contenido en la escritura pública de 20 de septiembre de 1968 (folios 87 y siguientes), por lo que en principio ha de pensarse que malamente podía el otorgante contemplar un complejo inmobiliario de los contemplados en el Art 24 de la LPH pues tal precepto se añade al texto normativo por el Art 20 de la Ley 8/1999 de 6 de abril de Reforma de la ley de Propiedad Horizontal, es decir treinta años después de otorgarse el título.

En cualquier caso debe decirse que el título expresamente señala que: "...ha llevado a efecto la construcción de un inmueble integrado por dos casas a la que corresponden los números NUM001 de la calle DIRECCION001 o DIRECCION002 y NUM000 de la de DIRECCION000 , las dos perfectamente diferenciadas e independientes en cuanto a las viviendas que las integran, si bien no es posible diferenciar tan claramente la porción de solar que cada una ocupa en razón de que la división entre una y otra no es igual ni coincidente en todas las plantas. Cada una de estas casas tiene un acceso principal por un portal situado en la calle de su situación y con su correspondiente escalera, si bien interiormente ambos portales se comunican. La planta de entresuelo es toda ella corrida, constando además la casa con entrada por el portal núm. NUM001 de la calle DIRECCION001 o DIRECCION002 de 32 pisos en once plantas, la ultima dividida en dos y las otras en tres, denominadas pisos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, izquierda, centro y derecha y undécimo derecha e izquierda y la casa con entrada por el portal NUM000 de DIRECCION000 de treinta pisos en diez plantas, tres por planta denominados, primero, segundo, tercero, cuarto, quinto ,sexto, séptimo, octavo noveno y décimo izquierda, centro y derecha". A continuación de la descripción de los pisos en cada portal se fijan los porcentajes o cuotas de todos y cada uno de ellos correspondientes a la propiedad general, sumando el conjunto de pisos y planta baja y entresuelo común a ambas casas el 100% de la propiedad; seguidamente se señalan los porcentajes de cada elemento independiente en los gastos de escalera y portero por cada uno de los dos portales.

A juicio de esta Sala estamos en presencia de una misma unidad arquitectónica sobre una superficie indivisible, compuesta por dos edificios ensamblados en los que la planta 11 del portal de DIRECCION001 ocupa la superficie de toda la parcela conformando la cubierta de ambas casas (DIRECCION001 y DIRECCION000), y que se constituye en régimen de única propiedad horizontal, con previsión de funcionamiento y reparto de determinados gastos como dos subcomunidades de facto. Así se deduce de lo señalado en el título y así se deduce de los informes periciales sobre la extensión y función de la cubierta del edificio que gráficamente queda reflejado en el esquema de sección de las dos casas obrante al folio 30 de las actuaciones.

Ha de recordarse (STS de 3 de enero de 2007) que tal y como se desprende de la STS de 21 de julio de 1999 , en doctrina también seguida por las SSTs de 19 de julio de 1993 , 17 de septiembre de 1993 , 4 de octubre de 1994 , 18 de diciembre de 1995 y 28 de julio de 1999 , de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala cabe admitir el funcionamiento independiente de las subcomunidades en el seno de una comunidad en régimen de propiedad horizontal cuando se halla expresamente previsto en el título constitutivo. Igualmente el TS, en SS 29-3-06 , señalaba que la Ley de Propiedad Horizontal no prohíbe expresamente la constitución de subcomunidades , aunque tampoco las regula con precisión, por lo que es factible la coexistencia de comunidades independientes, formadas por bloques o edificaciones, integradas, a su vez, en otra comunidad para la administración y gestión de espacios o elementos comunes, si bien, para que sea así, deberá constar en el título constitutivo de la finca en régimen de propiedad horizontal o en sus Estatutos (y cita SS 18 de diciembre de 1.995 y 18 de marzo de 2.005).



TERCERO: Sentado lo anterior ha de decirse que la planta 11 del portal de DIRECCION001 conforma la cubierta de la unidad arquitectónica y en consecuencia se configura como elemento común de la propiedad horizontal. Tal y como señala la STS de 30 de diciembre de 2015, la Sala, en las sentencias de 8 abril 2011 y 18 junio 2012 tiene declarado que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. La Sala ha declarado que las terrazas, son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación, pero ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011).

La cubierta del edificio (STS de 24 abril de 2013) no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (SSTS de 17 de febrero de 1993 , 8 abril de 2011 , 18 de junio de 2012 , entre otras).

Que la cubierta del edificio es un elemento común se desprende también de las actuaciones de los copropietarios. En efecto tal y como consta al folio 16 de las actuaciones el 25 de noviembre de 1980 se celebró una junta general extraordinaria conjunta de los propietarios de las "comunidades" de DIRECCION000 NUM000 y DIRECCION001 NUM001 , en la que el presidente de DIRECCION001 NUM001 informa de la necesidad de ejecutar la obra de impermeabilización de cubierta basada en unas goteras que tienen en los pisos 11, acordando los criterios de reparto del importe de la obra conforme a lo estipulado en la escritura de obra nueva y correspondiendo contribuir a DIRECCION000 NUM000 con un 30,6%. Malamente puede sostenerse que la cubierta no es elemento común de la comunidad, si a las obras de su impermeabilización contribuyen las dos subcomunidades con arreglo a las cuotas de participación de cada miembro de la subcomunidad en la propiedad general que refleja el título constitutivo.

No obsta a la anterior afirmación los documentos 6 a 8 acompañados por la comunidad demandada (folios 112 a 114) y ello por cuanto las facturas que incorporan son gastos de mantenimiento, ciertamente escasos, que bien pueden corresponderse con la parte de terraza de uso exclusivo cuyo mantenimiento no corresponde a la comunidad.

CUARTO: Dicho lo anterior debe recordarse, como declara la STS de 18-7-11 , que la colocación de una antena de telefonía en la azotea de un edificio por mor de un contrato suscrito entre la comunidad y una entidad de servicios de telefonía, que incluye un basamento de estructura metálica u hormigón para el reparto de cargas con una caseta prefabricada de 10 m2, como es el caso que nos ocupa, tal y como se contiene en el contrato litigioso, no resulta ser una simple cesión a cambio de un precio de un espacio comunitario, sino que conforme a su descripción constituye una modificación estructural de un elemento común de la comunidad que requiere el consentimiento unánime para adoptar un acuerdo que constituye dicha alteración.

Es evidente que la instalación en la cubierta del edificio de los elementos previstos en el contrato celebrado entre Telefonía Móviles España SA y la C.P DIRECCION001 NUM001 requería, según se razonó, un acuerdo unánime de los copropietarios que no se ha producido por lo que ha de concluirse que tal falta de acuerdo supone una real ausencia de consentimiento en la celebración del contrato que conforme a nuestra legislación civil determina la nulidad del mismo.

No obsta a tal declaración la alegación esgrimida por la subcomunidad de DIRECCION001 NUM001 relativa a que el contrato de arrendamiento litigioso se decidió en la junta celebrada el 6 de octubre de 1999 (folio 77) y que los acuerdos en ella adoptados no han sido impugnados, lo que supondría la sanación del acuerdo y ello por cuanto en la dinámica de funcionamiento de dos subcomunidades de facto, es evidente que a dicha junta solo se convocó a los propietarios de dicho portal, por lo que los integrantes de la subcomunidad de DIRECCION000 NUM000 ni tuvieron ocasión de participar en la formación de la voluntad comunitaria, ni pueden resultar vinculados por los acuerdos adoptados, los que obviamente tampoco se les notificó.

Resulta oportuno recordar acerca de la nulidad del contrato por ausencia de consentimiento, que a la misma conclusión se llegaría de admitirse que estamos en presencia de un complejo inmobiliario; tratándose la cubierta de un elemento común, según se razonó, el consentimiento antes comentado requiere el acuerdo de la junta de propietarios compuesta por los presidentes de las comunidades integradas, acuerdo que en modo alguno se ha producido.



QUINTO: Se sostiene por los demandados que el contrato litigioso data de 1999 y que el mismo ha sido confirmado de facto por la ausencia de impugnación durante tantos años. Ha de recordarse, según constante jurisprudencia, que ni el conocimiento equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica que justifique la no obtención de los consentimientos legalmente exigibles.

Debe decirse que el único acceso posible a la cubierta del inmueble se realiza por la escalera situada en DIRECCION001 NUM001, sin que por otro lado las antenas sean fácilmente visibles desde el exterior del inmueble, desde la calle, por lo que no existen datos fácticos que permitan afirmar que los copropietarios de DIRECCION000 NUM000 tuviesen cabal conocimiento de la instalación de las antenas y pese a ello no efectuasen actuación alguna. No existen en consecuencia actos que puedan entenderse como inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar o consentir una determinada situación jurídica; en definitiva no existen actor propios que contradigan el ejercicio de la acción por la actora.

SEXTO: Determinada la nulidad del contrato de arrendamiento ha de señalarse que los efectos de tal nulidad son "ex nunc" pues si bien la regla general que determina los efectos (ex tunc) de la nulidad es la prevista en el Art 1303 del CC, ha de decirse que dicha regla está pensada para el contrato de compraventa, paradigma del modelo de contrato de intercambio, no pudiendo aplicarse a los contratos de tracto sucesivo como el de arrendamiento en los que la declaración de nulidad no produce efectos retroactivos, sino que proyecta sus efectos hacia el futuro. En consecuencia las partes del contrato de arrendamiento de 1 de noviembre de 1999 celebrado entre Telefonía Móviles de España SA y la C.P. DIRECCION001 NUM001 que ahora se declara nulo nada deben devolverse como consecuencia de la nulidad, si bien es indiscutible que tal declaración de nulidad tiene como efecto la retirada de las instalaciones de telefonía ejecutadas como consecuencia del contrato.

SEPTIMO: Reclama la comunidad actora de la comunidad demandada el pago de las rentas o cantidades recibidas por razón del contrato de arrendamiento.

Ha de señalarse tal y como antes se razonó que la subcomunidad actora, o lo que es lo mismo los copropietarios que la integran, ostentan un 30,6 % de cuota del total de la propiedad general habiendo contribuido en esa misma proporción a los gastos de impermeabilización de la cubierta, por lo que el dinero obtenido por la indebida ocupación de dicho elemento común le corresponde en la misma proporción, so pena de justificar un enriquecimiento injusto en tan solo una parte de los copropietarios que conforman la comunidad. En consecuencia la comunidad demandada debe abonar a la actora no todo lo cobrado a Telefonía Móviles como se pide en la demanda, sino tan solo el 30,6 % de todas las cantidades percibidas por aquella como consecuencia del contrato de arrendamiento que ahora se anula.

OCTAVO: No procede hacer especial imposición sobre las costas de la instancia. Respecto de la comunidad demandada por cuanto estamos en presencia de una parcial estimación de la demanda y respecto de Telefonía Móviles España SA por cuanto realmente la misma es ajena a la discusión de fondo planteada, naturaleza del elemento arrendado, siendo razonable la existencia de dudas para la arrendataria sobre el funcionamiento de la comunidad de propietarios y la verdadera naturaleza del elemento afectado objeto del contrato.

No procede hacer especial imposición de las costas de la alzada por la estimación del recurso.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la C.P. DIRECCION000 NUM000 contra la sentencia de referencia debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar con parcial estimación de la demanda:

- 1.- Declaramos la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito entre la C.P. DIRECCION001 NUM001 y Telefonía Móviles de España SA para la instalación de un equipo de antenas de telefonía móvil en la cubierta del edificio compuesto por la C.P. DIRECCION001 NUM001 y la C.P. de DIRECCION000 NUM000 .
- 2.- Condenamos a la C.P. DIRECCION001 NUM001 a retirar la instalación base con todos los elementos accesorios y complementarios derivados de la celebración del contrato y a reponer la cubierta a su estado preexistente a la instalación de las antenas.
- 3.- Condenamos a la C.P. DIRECCION001 NUM001 a abonar a la C.P. DIRECCION000 NUM000 el 30,6% de todas las cantidades percibidas por aquella como consecuencia del contrato que se anula con los intereses legales a contar desde la interposición de la demanda.



Todo ello sin especial imposición sobre las costas causadas en ambas instancias.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal, ante este mismo Tribunal en el plazo de 20 días a contar desde su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ