



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN
DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

TÍTULO

**LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE EN UNA PROPIEDAD
PRIVADA PARA LA INSTALACIÓN DE UN ASCENSOR
COMUNITARIO**

WORK TITLE

**THE CONSTITUTION OF A SERVITUDE ON A PRIVATE
PROPERTY FOR THE INSTALATION OF A COMMUNITY
ELEVATOR**

AUTOR

ADRIANA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

DIRECTOR

JUAN CUBRÍA FALLA

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pág.1
1.2. PRESUPUESTOS GENERALES PARA LA INSTALACIÓN DE UN ASCENSOR Y TÉRMINOS CLAVE.....	Pág.3
2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.....	Pág.6
2.1. CONCEPTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.....	Pág.6
2.2.DIFERENCIA CON LA COMUNIDAD DE BIENES.....	Pág.8
2.3.EL ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REDACCIONES.....	Pág.10
2.4. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 49/1960, DE 21 DE JULIO, SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL.....	Pág.12
3. OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS.....	Pág.14
3.1. EL ARTÍCULO 9.1.C DE LA LPH: LA SERVIDUMBRE DE INSTALACIÓN DE ASCENSOR.....	Pág.15
4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR EN ESPACIO PRIVADO.....	Pág.18
4.1. CONFRONTACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL.....	Pág.18
4.2. CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SERVIDUMBRE COMO EXPROPIACIÓN PRIVADA NO ADMITIDA EN DERECHO.....	Pág.21
4.3.LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN.....	Pág.24
5. LOS ARTÍCULOS 10 Y 17 LPH Y LAS DIFERENTES FORMAS LEGALES PARA LA INSTALACIÓN DE UN ASCENSOR.....	Pág.25
5.1. EL ART. 10 LPH: OBRAS OBLIGATORIAS Y SIN ACUERDO PREVIO DE LA JUNTA.....	Pág.28

5.2. EL ART. 17 LPH: NECESIDAD DE MAYORÍA.....	Pág.29
5.3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO EN LA LEY 15/1995, DE 30 DE MAYO, SOBRE LIMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	Pág.32
5.4. MECANISMOS ACTUALES PARA LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR EN UN EDIFICIO SOMETIDO A LA LPH.....	Pág.34
5.5. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.....	Pág.35
6. SOLUCIÓN AL PROBLEMA POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.....	Pág.37
6.1. ACUERDOS EN LA JUNTA DE PROPIETARIOS, REDACCIÓN DE CONVOCATORIAS Y ACTAS.....	Pág.37
6.2. ACUERDO DE INICIO DE ACCIONES JUDICIALES EN CASO DE NEGATIVA DEL PROPIETARIO A PERMITIR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE.....	Pág.38
6.3. PROCESO JUDICIAL	Pág.40
7. JURISPRUDENCIA.....	Pág.43
7.1. CLAÚSULA DE EXONERACIÓN DE LOS LOCALES EN EL PAGO DE INSTALACIÓN DEL ASCENSOR.....	Pág.43
7.2. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN Y LÍMITES A LA SERVIDUMBRE.....	Pág.47
7.3. ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL ESPACIO OCUPADO POR LOCAL PARA INSTALACIÓN DE ASCENSOR.....	Pág.50
8. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE.....	Pág.51
8.1. ALTERACIÓN DEL REGISTRO.....	Pág.51
8.2. ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN.....	Pág.53

9.CONCLUSIONES.....	Pág.53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	Pág.58
WEBGRAFÍA.....	Pág.60
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	Pág.61
NORMATIVA CONSULTADA.....	Pág.63

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
PH	Propiedad Horizontal
RD	Real Decreto
RDGRN	R. de la Dirección General de los Registros y Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, ya en su preámbulo señala que toda ordenación jurídica no puede concebirse ni instaurarse a espaldas de las exigencias de la realidad social a que va destinada, tanto más ha de ser así cuando versa sobre una institución que, como la propiedad horizontal, ha adquirido, sobre todo en los últimos años, tan pujante vitalidad, pese a no encontrar más apoyo normativo que el abiertamente insuficiente representado por el artículo 396 del CC.¹

En palabras de DÍEZ PICAZO, la Ley de 1960 es una *ley especial* sobre la propiedad horizontal, pasando a ser el artículo 396 CC, que ha sido reformado en varias ocasiones, un *precepto general* que recoge los rasgos esenciales de tal propiedad, para remitirse en su regulación a aquélla.²

Pues bien, como venimos señalando, las normas deben ir ajustándose al sentir de la sociedad, sentir que actualmente viene exigiendo una solución al problema de la accesibilidad, es decir, a la *eliminación de barreras arquitectónicas* de forma que se dote de *accesibilidad universal* a los edificios de las comunidades de propietarios. Esta necesidad es básica para las personas con discapacidad, movilidad reducida y las personas mayores, constituyendo derechos básicos de las personas como son el *derecho a una vivienda digna, la libertad de deambulación o el derecho a una adecuada comunicación*.

Así, la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, en su preámbulo señala que el art. 49 CE (junto con el art. 47 CE) establece como uno de los principios que han de regir la política social y económica de los poderes públicos, el de llevar a cabo una política de integración de las personas con discapacidad amparándolas especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

¹ Preámbulo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

² DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. "La propiedad horizontal", en *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p.209.

Asimismo, el legislador haciendo uso de la facultad que le da el artículo 33 CE de delimitar el contenido del derecho de propiedad, en atención a su función social, ha dado ya buena muestra de su decidida voluntad de facilitar la movilidad de las personas minusválidas mediante la progresiva supresión de las barreras arquitectónicas. En este sentido la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modificó la LPH, suaviza el régimen de adopción de acuerdos por las juntas de propietarios para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas, de igual modo la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, faculta a los arrendatarios con minusvalía a efectuar reformas en el interior de la vivienda para mejorar su habitabilidad.³ Siendo que la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ha dado la vigente redacción al art. 10.1.b LPH, estableciendo como obligatorias estas obras siempre que se cumplan los parámetros establecidos en la Ley.

Esta nueva realidad social, está generando grandes debates y problemas entre comuneros, teniendo muchas veces que recabar el auxilio judicial; si bien, se está logrando la finalidad buscada con la normativa, que es el *mejorar la vida de las personas* más desfavorecidas en este aspecto, preservando sus derechos fundamentales más básicos, establecidos en nuestra Carta Magna.

En este trabajo de fin de máster, se va a tratar un problema actual que está afectando a muchas comunidades de propietarios, en la medida en que muchos edificios de construcción antigua se están viendo obligados a buscar soluciones diversas para conseguir la accesibilidad universal con la instalación de ascensores. En el presente, se tratará el tema de *la constitución de servidumbre en una propiedad privada para la instalación de un ascensor comunitario*, con toda la problemática que ello conlleva en cuanto a las obligaciones de los propietarios y al régimen de mayorías necesario, un enfoque de la realidad que se está viviendo, con un estudio de la normativa en vigor, jurisprudencia reciente, casos interesantes y su tratamiento ante los Tribunales de Justicia. El objetivo de este trabajo es dar al lector una visión

³ Preámbulo de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

clara sobre este tema, facilitándole las posibles soluciones a los distintos problemas que se plantean, tanto desde un plano teórico como desde el procesal, tratando de enfocarlo desde una perspectiva práctica, como se viene exigiendo día a día a los profesionales del Derecho.

1.2. PRESUPUESTOS GENERALES PARA LA INSTALACIÓN DE UN ASCENSOR Y TÉRMINOS CLAVE

Tenemos que partir de la idea de que actualmente la existencia de un ascensor es un elemento esencial que facilita la vida de las personas, independientemente de su estado de salud, siendo innegable su practicidad. Ahora bien, siguiendo estrictamente la ley, para que surja en una comunidad de propietarios la obligación de instalación de un ascensor, son necesarias una serie de premisas o requisitos previos.

En *primer* lugar, y para que sea aplicable la LPH, debemos estar ante una comunidad de propietarios.

Señala SIERRA GIL DE LA CUESTA que desde un punto de vista doctrinal, y con base a los presupuestos básicos, podemos definir la propiedad horizontal siguiendo a MARTÍN-GRANIZO, como *“una propiedad especial, que, constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.”*⁴

El régimen jurídico de la propiedad horizontal viene dado por las siguientes normas:

a) La autonomía de la voluntad plasmada en el título constitutivo y los estatutos que deberán de respetar, en todo caso, las normas imperativas de la LPH. Los estatutos los redactará el propietario del inmueble antes de su transmisión a los distintos propietarios de pisos y locales, lo que ocurrirá en la práctica ordinaria; o bien con posterioridad a la transmisión, serán redactados

⁴ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., en *Comentario del Código Civil*, Tomo III, arts. 333-608, VV.AA., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (COORD.), 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2000, p.260.

por los distintos propietarios de pisos y locales por unanimidad (artículo 17.1 LPH), además la modificación de los estatutos requerirá, igualmente, unanimidad. Si bien, debemos señalar que no todas las comunidades disponen de estatutos.

b) El art. 396 CC y la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

c) Normas de convivencia interna a través de los reglamentos u ordenanzas de régimen interior (art. 6 LPH).

d) Normas supletorias como son las establecidas en el CC sobre comunidades de bienes (arts. 392 CC y ss.) y las referidas a la propiedad en general (arts. 348 CC y ss.).

En *segundo* lugar, deben existir en los elementos comunes de dicha propiedad, y, fundamentalmente en el portal, barreras arquitectónicas que impidan o dificulten el acceso al inmueble. Se denomina *barreras arquitectónicas* a todos aquellos elementos que obstaculizan o impiden la movilidad, comunicación e integración de personas, ya sea en el ámbito público exterior como en los interiores de edificios.⁵ Las barreras arquitectónicas se encuentran en muchos espacios que nos rodean, afectando de forma desigual a las personas en función de su diversidad funcional, las que son objeto del presente trabajo son las denominadas B.A.E. (Barreras arquitectónicas en la edificación).⁶

Y en *tercer* y último lugar, es necesario que existan en la comunidad personas mayores de setenta años, discapacitadas o con la movilidad reducida.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define en su art. 2.a) la discapacidad como "*la situación que resulta de la interacción entre las personas con*

⁵ http://www.construmatica.com/construpedia/Barreras_Arquitect%C3%B3nicas visitado el 04/11/16.

⁶ Antonio Corbalán Pinar, arquitecto. <http://www.accesibilidadglobal.com/2010/07/la-definicion-de-una-barrera.html> visitado el 04/11/16.

deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por su lado, el art. 22 del citado RD reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de manera independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Asimismo, el apartado k), del art. 2, define la accesibilidad universal como aquella *"condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible..."*.

Por su lado, el art. 4, establece los titulares de los derechos establecidos en el mismo, añadiendo que *"a todos los efectos tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad"*.

Pues bien, de existir los presupuestos mencionados *ut supra* es innegable el derecho de la comunidad, y por tanto de los propietarios, a solicitar la eliminación de las barreras arquitectónicas mediante la instalación de un ascensor. En epígrafes posteriores se explicarán las formas legales existentes para lograr dicha instalación, una vez cumplidos los requisitos exigidos.

A continuación se realizará una breve descripción de lo que se entiende por propiedad horizontal, sus diferencias y similitudes con la comunidad de bienes y un repaso por las redacciones que ha ido adoptando el art. 396 CC hasta su redacción actual, haciendo alusión a los motivos que hicieron necesaria una Ley de propiedad horizontal.

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

2.1. CONCEPTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad establecida en el art. 396 CC y regulada en la LPH que se caracteriza por la coexistencia de dos derechos de propiedad distintos. Por un lado, el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de toda clase, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título constitutivo, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado, y por otro lado, el derecho de copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos que conforman la propiedad horizontal, denominados elementos comunes.⁷

En este régimen de propiedad, cada piso o local tiene atribuida una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble expresado en centésimas. Cuota que sirve para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Asimismo, las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variar de acuerdo con lo establecido en los arts. 10 y 17 LPH. Cada comunero puede libremente disponer de su derecho, sin que pueda separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de la propiedad horizontal.⁸

En este régimen, cada copropietario tiene una serie de derechos y obligaciones perfectamente delimitados en la LPH, cobrando especial importancia en el presente trabajo la obligación de soportar las *servidumbres* necesarias, que trataremos con más detenimiento en otro epígrafe.

⁷ MEDINA DE LEMUS, M., "La Propiedad Horizontal I" en *Derecho Civil de Bienes, Derechos Reales e Inmobiliario Registral*, Tomo I Bienes, Posesión y Propiedades, 1ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, p. 563.

⁸ <http://comunidadhorizontal.com/comunidad-de-propietarios/propiedad-horizontal/propiedad-horizontal-definicion.php>, visitado el 29/11/2016.

La comunidad de vecinos, se organiza a través de la junta de Propietarios, que es uno de sus órganos más importantes, estando compuesta por todos los titulares del inmueble. Este órgano se reúne al menos una vez al año para aprobar los presupuestos, sin perjuicio de otras posibles reuniones. Es aquí donde se acuerdan las decisiones más importantes para la vida de la comunidad. Otro órgano fundamental es la figura del presidente, elegido del seno de la junta, que lleva además implícita la representación de todos los vecinos en juicio y fuera de él, resolviéndose así el problema de la legitimación que se ha venido produciendo. Asimismo, la comunidad cuenta con otros órganos como el secretario y el administrador, cargos que pueden recaer en la misma figura del presidente, ser independientes o recaer ambos en una misma persona diferente del presidente. El secretario se encarga de las actas y certificados, en la práctica suele ser un administrador de fincas quien hace las funciones de secretario y administrador.

La existencia de estatutos en la comunidad no es obligatoria, si bien es cierto que es aconsejable su redacción, ya que los mismos complementan la ley. Normalmente y en la práctica habitual suelen ser establecidos por el propietario único, que suele ser el promotor, pero una vez iniciada la venta de pisos y locales, han de ser aprobados por acuerdo unánime de todos los vecinos. Una vez otorgados, los estatutos, obligan a todos los integrantes, obligando también, y siempre que hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad, a terceros ajenos. Su aprobación y modificación requiere siempre la unanimidad de los comuneros.⁹

Originariamente se entendía la propiedad horizontal como una modalidad de la comunidad de bienes, la modificación introducida por la Ley de 26 de octubre de 1939 en el art. 396 CC ya significó un avance en ese sentido, toda vez que reconoció la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes. Paulatinamente, este régimen, se fue alejando de la comunidad de bienes, razón por la cual se eliminaron los derechos de tanteo y retracto, al no perseguirse ya la concentración de la propiedad de los pisos o

⁹ <http://comunidadhorizontal.com/comunidad-de-propietarios/propiedad-horizontal/estatutos-comunidades-propietarios.php> , visitado el 29/11/2016.

locales, sino todo lo contrario, en el sentido de conseguir su más amplia difusión.

2.2. DIFERENCIA CON LA COMUNIDAD DE BIENES

Tanto la comunidad de bienes como la comunidad de propietarios se encuentran reguladas en el CC, no obstante la segunda cuenta además con una ley específica que desarrolla todo su régimen. Ambos tipos de comunidad tienen rasgos comunes, pero son diferentes por lo que no debemos confundirlas ya que sus diferencias hacen que cada una se adapte mejor a unas necesidades concretas.¹⁰ La comunidad de bienes es una figura ordinaria que tiene carácter general y cuyo régimen jurídico puede aplicarse supletoriamente a comunidades especiales. Por el contrario, la propiedad horizontal es una propiedad especial que cuenta con una regulación propia.

La comunidad de bienes se regula en los arts. 392 y ss. CC, mientras que, la propiedad horizontal únicamente cuenta con una mención en el art. 396 CC. La regulación de la propiedad horizontal ha sido reformada en varias ocasiones, sin embargo la regulación de la comunidad de bienes no ha sido reformada nunca a excepción del mismo art. 396 CC que dio lugar a la propiedad horizontal.

En ambas, varios sujetos son titulares de un mismo derecho real al mismo tiempo, sin embargo en la comunidad de propietarios, existen dos situaciones jurídicas: por un lado, la copropiedad de los elementos comunes, y por otro lado, la propiedad exclusiva de los elementos privativos. Esto no ocurre en la comunidad de bienes donde todos tienen el mismo derecho real aunque pueda variar la porción de cada uno. Asimismo, debemos destacar que la comunidad de propietarios sólo se establece para el caso de derecho de

¹⁰ Diego Fierro Rodríguez, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4831-similitudes-y-diferencias-entre-la-comunidad-de-bienes-y-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 28/11/2016.

propiedad, mientras que en la comunidad de bienes el derecho que pertenece pro indiviso a varias personas puede ser cualquier tipo de derecho real.¹¹

La RSDGRN de 15 de junio de 1973 estableció que la propiedad horizontal implica una superación de la comunidad romana al no existir en ella, el derecho de retracto ni la acción de división de la cosa común, que son característicos en la comunidad de bienes.¹²

En la propiedad horizontal la autonomía de la voluntad se encuentra bastante limitada, mientras que en la comunidad de bienes la misma juega un papel más importante. Así, en la comunidad de bienes el art. 392 CC dispone que: “(...) *A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título*”. Mientras que en el caso de la propiedad horizontal, la autonomía de la voluntad está más restringida o encorsetada, señalando el art. 396 CC: “(...) *Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados*”.

La comunidad horizontal está diseñada para su subsistencia en el tiempo, mientras que la comunidad de bienes está conformada en nuestro ordenamiento como una institución de naturaleza provisional, por lo que salvo pacto expreso entre las partes, ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, siendo además que cualquiera de los integrantes puede exigir la venta de la propiedad en pro indiviso, o en su caso y si es viable, su división.¹³

Como similitud podemos apreciar que ambos tipos de comunidad carecen de personalidad jurídica. La propiedad horizontal, tiene reconocida capacidad procesal y fiscal, sin embargo en la comunidad de bienes aunque es posible que un copropietario pueda comparecer en juicio en defensa de los demás, en cuyo caso la sentencia favorable aprovechará al resto sin que les

¹¹ Diego Fierro Rodríguez, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4831-similitudes-y-diferencias-entre-la-comunidad-de-bienes-y-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 28/11/2016.

¹² Diego Fierro Rodríguez, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4831-similitudes-y-diferencias-entre-la-comunidad-de-bienes-y-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 28/11/2016.

¹³ http://www.accionlegal.net/comunidad_de_bienes.html, visitado el 29/11/2016.

perjudique la contraria, no puede ser demandante en juicio, habiendo de serlo el conjunto de copropietarios.¹⁴

Existe la posibilidad de que comunidades de bienes se puedan constituir como comunidad horizontal, así sucede por ejemplo con los locales de las plantas bajas o sótanos de edificios destinados normalmente a garaje y que se distribuyen mediante participaciones indivisas asignando el derecho de uso exclusivo sobre una determinada plaza de aparcamiento, hasta aquí se trataría de una situación de comunidad con asignación de uso de un espacio determinado, sin embargo tal situación puede llegar a configurarse como propiedad horizontal siempre que las plazas de aparcamiento se configuren como fincas independientes con número propio tal como se exige en el art. 5 LPH.¹⁵ En definitiva, puede ocurrir que lo que en su origen fue una comunidad de bienes, pase a constituirse como una comunidad de propietarios, regulada en la LPH y no ya solamente en el CC.

Por lo que podemos concluir que la propiedad horizontal y la comunidad de bienes son dos figuras distintas que presentan ciertos caracteres comunes, siendo que la primera surge como un subtipo de la segunda. Las exigencias sociales han hecho que la propiedad horizontal necesite de una regulación específica al ser un supuesto muy concreto y habitual en la práctica, siendo que más de la mitad de la población vive en régimen de propiedad horizontal.

2.3. EL ART.396 CC Y SUS REDACCIONES

La redacción actual del art.396 CC entró en vigor con la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la LPH, indicando que la misma engloba tanto los *“pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevara inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio...”* Enumerando a continuación un sinfín de elementos comunes. Se establece, además, que las partes en copropiedad no son susceptibles de división y solo

¹⁴ ANDÚJAR HURTADO, J. A., “Consideraciones Generales” en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012, p.14.

¹⁵ ANDÚJAR HURTADO, J. A., “Consideraciones Generales...op.cit.p.15.

podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

El art. 396 CC ha sufrido varias reformas a lo largo de los años, a continuación vamos a resaltar lo más característico de cada redacción en cuanto al tema que nos ocupa.

La originaria redacción del precepto, estuvo en vigor desde el 24 de julio de 1889, momento en que entra en vigor el Código Civil, hasta el 14 de agosto del mismo año, siendo una redacción que podríamos denominar como *fugaz* en el tiempo. Dicha redacción aludía básicamente a las reglas a seguir para el caso de que en los títulos de propiedad no se establecieran los términos para contribuir a las obras necesarias, o en defecto de pacto sobre ello.

Esta redacción, pronto se derogó dando paso a la redacción que estuvo en vigor desde el 14 de agosto de 1889 hasta el 17 de noviembre de 1939, momento en que la Ley 26/1939 le da un nuevo contenido. En esta redacción del artículo 396 CC, ya se alude a los *ascensores* como *elemento común*, dicha versión se asemeja ya a la actualmente vigente haciéndose referencia a ambos derechos coexistentes en la propiedad horizontal como son el derecho *singular* y exclusivo de propiedad sobre el piso o parte de él y el derecho conjunto de *copropiedad* sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute. Sin embargo, en esta reforma, aún no se dice nada acerca de los *locales*. Es en este momento cuando surgen los derechos de *tanteo* y *retracto*, actualmente inexistentes en el régimen de propiedad horizontal.

La redacción vigente entre el 18 de noviembre de 1939 y el 12 de agosto de 1960, año en el que se aprueba la LPH, poco difiere de la anterior redacción, la gran novedad es sin duda la *eliminación o prohibición de los derechos de tanteo y retracto*, siendo además en esta redacción donde se alude por primera vez a los *locales*.

La redacción vigente entre el 13 de agosto de 1960 y el 28 de abril de 1999, se limitó a añadir más elementos comunes a la lista surgida en 1939.

La redacción en vigor se ha limitado a aumentar el número de elementos comunes, con el fin de solventar los problemas que la realidad de las comunidades ha ido demandando, no dejando lugar a dudas sobre qué es y qué no es elemento común. Siendo una redacción amplia pero sencilla, que demarca muy bien el objeto de la PH y los elementos que la constituyen, sin olvidar que se trata simplemente de un precepto general que da unas pinceladas sobre lo que en realidad conforma esta propiedad, remitiéndose a la Ley que es la que se encarga de regular en detalle este especial tipo de comunidad.

2.4. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 49/1960, DE 21 DE JULIO, SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

La LPH como señala su exposición de motivos, nace con el fin de regular las relaciones entre vecinos siendo una realidad la *insuprimible necesidad de las edificaciones*, tanto para la vida de la persona y la familia como para el desarrollo de fundamentales actividades, constituidas por el comercio, la industria, y en general, el ejercicio de las profesiones.

El régimen de propiedad horizontal tiene como razón de ser la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa, y más asequible para todos, siendo la única posible para grandes sectores de personas. Es por ello que el régimen de propiedad horizontal necesitaba de una ordenación completa y eficaz, que se hace posible con esta Ley.

La LPH ha sido reformada en varias ocasiones, entre otras, por la Ley 2/1988, la Ley 3/1990, la Ley 8/1999 y recientemente por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En el marco de la creciente preocupación del legislador por los discapacitados –se calcula que alrededor de un 10% de la población española padece alguna discapacidad-, se han realizado reformas tendentes a facilitar su convivencia en las

comunidades de propietarios permitiendo la adaptación de los edificios para el acceso y movilidad de las personas con discapacidad.¹⁶

Señala CARRERAS MARAÑA, que según LOSCERTALES FUERTES, en la reciente reforma del año 2013 son de resaltar, como ventajas, la elevación temporal de la afección real, la desaparición casi completa de la unanimidad y la potenciación de los derechos de las personas con discapacidad, destacando como inconvenientes la llamada inmersión administrativa y la innecesariedad de la junta en los asuntos más importantes de la comunidad, como son, los establecidos en el art. 10.1 LPH.¹⁷ En cuanto a la inmersión administrativa, coinciden ambos autores en el sentido de que el legislador en vez de favorecer la organización y autonomía de las comunidades, somete a un control administrativo asfixiante la mayor parte de sus actuaciones, retardando la dinámica de la vida comunitaria y la solución de los problemas en materia de obras. Es por ello que señalan que la reforma tiene ventajas e inconvenientes, como la mayoría de las disposiciones legales, pero que en este caso se afecta a millones de personas en lo que quizá sea su más encarecido bien, como es la vivienda. Es triste que no se haya optado por dejar en paz a las comunidades, actuando la Administración de forma moderada y sin exigencias desmesuradas, no obstante la Administración ha conseguido tener voz y mando por encima de los acuerdos de la junta en muchos casos.¹⁸

La reforma se presenta como un elemento de dinamización económica, sin embargo, está diseñada en el contexto de una crisis económica, con las urgencias propias de tal circunstancia y limitaciones presupuestarias derivadas de un contexto arduo para la financiación pública y la privada por las restricciones en el acceso a créditos derivada de la crisis en el sector financiero y el empobrecimiento de muchas familias a consecuencia de los altos niveles de desempleo que ha sufrido y sufre nuestro país. En este contexto, se están generando graves problemas de impago de cuotas que estrangulan la situación

¹⁶ ANDÚJAR HURTADO, J. A., "Consideraciones...op.cit.p.18.

¹⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento. Reformas y derogaciones. Un nuevo contexto de la propiedad horizontal. Actuaciones sobre el medio urbano (rehabilitación, regeneración y renovación)*, Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/17993, noviembre de 2013.

¹⁸ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

financiera de muchas comunidades haciendo muy difícil por no decir imposible que sin las adecuadas políticas de financiación, las comunidades puedan afrontar obras de regeneración y rehabilitación, incluso las que de forma imperativa les exige el art.10 LPH.¹⁹

Pues bien, por otro lado podemos señalar que la técnica legislativa empleada en la reforma ha sido la de la simplificación, pues las obras en la propiedad horizontal se regulan en un único precepto, que pretende incluir los antiguos arts. 8, 10, 11 y 12 LPH, incorporando mejoras y buena parte de las directrices de la doctrina jurisprudencial existente en materia de obras comunitarias.²⁰

La Ley lleva a cabo también una regulación de la formación de las actas de las juntas, funciones de los órganos de la comunidad, régimen de convocatorias, ejercicio del derecho de voto, renuncia al cargo de presidente y otras numerosas materias que la realidad diaria de la vida en comunidad ha puesto de relieve que estaban insuficientemente reguladas. La Ley, se ha ido acomodando a los nuevos requerimientos sociales, infiriéndose que seguirá siendo durante las décadas venideras una de las normas jurídicas de mayor trascendencia para nuestro país.²¹

3. OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS

El régimen de propiedad horizontal, a la vez que entraña derechos para sus componentes, también conlleva obligaciones.

Los derechos de disfrute en la LPH tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás comuneros cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva. Unidos a estos derechos de disfrute, se encuentran los deberes de igual naturaleza. Se ha tratado de configurar los derechos y deberes conforme a criterios inspirados en las relaciones de vecindad,

¹⁹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...*op.cit.

²⁰ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...*op.cit.

²¹ Exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

procurando dictar normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para lograr una convivencia normal y pacífica.

La Ley también regula aquellos otros derechos y deberes correspondientes a desembolsos económicos que han de atender conjuntamente los copropietarios, bien por derivarse de las instalaciones y servicios de carácter general, o bien por constituir cargas o tributos que afectan a la totalidad del edificio. El criterio tenido en cuenta para determinar la participación de cada uno en el desembolso a realizar es la expresada cuota o coeficiente asignado a cada piso o local, significando que la no utilización del servicio generador del gasto no exime de la obligación correspondiente. El incumplimiento de las obligaciones genera la acción dirigida a exigir judicialmente su cumplimiento, bien coaccionando lo que voluntariamente no se ha observado, o bien en virtud de la pertinente indemnización.²²

Es el art. 9 LPH el que se encarga de establecer las obligaciones de cada propietario, siendo que las que nos interesan en el presente asunto son: consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el inmueble y permitir en él las *servidumbres* imprescindibles; permitir la entrada en su piso o local; y contribuir con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización (el piso o local queda legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación).

3.1. EL ARTÍCULO 9.1.C DE LA LPH: LA SERVIDUMBRE DE INSTALACIÓN DE ASCENSOR

El artículo 9.1.c) de la LPH establece como obligación de los propietarios *“consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.”*

²² Exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Las servidumbres son derechos reales que recaen sobre cosa ajena regulados en nuestro CC. El art. 530 CC define las servidumbres como un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, llamándose al primero predio sirviente, y al segundo predio dominante, siendo, que la comunidad de propietarios es el predio dominante y el local o piso que soporta la servidumbre, el predio sirviente.

El art. 531 CC establece la posibilidad de crear servidumbres en provecho de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada. Asimismo, en el presente caso nos encontramos ante una servidumbre legal a tenor de lo dispuesto en el art. 536 CC. En el artículo 543 CC se establece la posibilidad de que el dueño del predio dominante realice, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para su uso y conservación, debiendo elegir el tiempo y la forma conveniente a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente. Los arts. 549 y ss. CC regulan las servidumbres legales, estableciendo que las mismas tienen utilidad pública o interés de los particulares. Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y en defecto de estos por las disposiciones del presente título (ex art. 550 CC).

A tenor de lo dispuesto en la LPH, una comunidad de propietarios puede obligar a otro comunero a la cesión de unos metros cuadrados de su local o vivienda que sean necesarios para la instalación del hueco y caja del ascensor, siendo necesaria una contraprestación a favor del dueño del local o de la vivienda. Esta contraprestación puede consistir en una cantidad de dinero (indemnización) o en los mismos metros cuadrados que le han sido expropiados en una zona común, si bien en ocasiones se han pactado otro tipo de contraprestaciones como el permiso de convertir lo que era local en vivienda. Nos encontramos ante una servidumbre que priva definitivamente de ese espacio al que antes fuera su dueño, convirtiendo en la *práctica* estos metros que antes eran privativos, en un elemento común con su correspondiente derecho de copropiedad perteneciente a todos los comuneros. Elemento común, reiteramos, en la práctica, puesto que la figura de la servidumbre en rigor no conlleva una pérdida de superficie para el predio

serviente en favor del dominante, sino que sigue formando parte del predio serviente, pero en el caso de la instalación de ascensor si podemos entender que se han cedido dichos metros a la comunidad debido a su perdurabilidad en el tiempo y haciéndolo inservible para otro fin.

Sostiene JOAQUIM MARTÍ MARTÍ que la pretensión podría conceptualizarse como de *expropiación* más que de *servidumbre*²³, sin embargo la jurisprudencia no ha querido denominarla así, entendiendo que es *servidumbre* el término más preciso al ser el recogido en la LPH, y tratarse de una gestión en el ámbito privado de una comunidad de propietarios.

En una comunidad, dentro de los elementos comunes, se pueden diferenciar los que lo son por naturaleza y los que lo son por destino o adscripción voluntaria al servicio comunitario de todos o algunos de los elementos privativos. Los elementos comunes esenciales o por naturaleza, van inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptibles de aprovechamiento independiente, siendo indivisibles por ley física, el art. 396 CC alude a los ascensores.²⁴ Asimismo, los ascensores son considerados actualmente como obra necesaria, siendo que aumentan de manera estable y relevante el valor de las propiedades, produciéndose una plusvalía en el inmueble y mejorando las condiciones de habitabilidad en el edificio.²⁵

El ascensor, para transporte de personas y objetos, entre niveles definidos con ayuda de cabina que se desplaza a lo largo de guías rígidas (art.2 RD 1314/1997 de 1 de agosto), es una figura ampliamente regulada por la normativa administrativa. Es una innovación necesaria, exigible para la correcta habitabilidad de un edificio, dentro de los parámetros de la modernidad y realidad social en que ha de aplicarse el Derecho, no tratándose de ningún

²³ Joaquim Martí Martí, abogado. <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-las-servidumbres-derivadas-de-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 02/11/16.

²⁴ DÍAZ MÉNDEZ, N. "Elementos comunes de uso privativo" en *Cuadernos de Derecho Judicial, Propiedad Horizontal*, VV.AA., 1ª edición, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 85-86.

²⁵ DÍAZ MÉNDEZ, N. "Los gastos comunes. Contribución a su sostenimiento" en *Cuadernos de Derecho Judicial, Propiedad Horizontal*, VV.AA., 1ª edición, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994, p.112.

lujo. Ante esto, hoy día es inimaginable un edificio que carezca de tan elemental servicio.²⁶

El hecho de que un elemento sea común, no impide que su uso sea privativo de uno o varios propietarios, si así se expresa en el título constitutivo de la propiedad horizontal, como las terrazas que sirven de cubierta al edificio (Ss. 17 de febrero de 1993 y 5 de mayo de 2000)²⁷, esto mismo puede ocurrir para el caso de que un ascensor sea solamente utilizado por los propietarios que sufragaron su coste, utilizándose por los mismos mediante una llave.

Concluyendo que la instalación de un ascensor que es un servicio común de interés general necesario para la adecuada habitabilidad del inmueble, redundando en beneficio de todos los propietarios del inmueble sin excepción, no solamente a efectos de bienestar social que con dicho servicio se consigue sino también en el sentido económico de aumento del valor del inmueble, revalorizando la finca en su conjunto.

4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR EN ESPACIO PRIVADO

4.1. CONFRONTACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

Cuando hay que ocupar espacios privativos o limitar los derechos de uso, se enfrentan dos derechos contemplados en la LPH: por un lado el derecho singular y exclusivo de cada propietario sobre su inmueble (art.3.a) LPH), y por otro lado, el derecho de accesibilidad universal materializado en la obligación de permitir en dicho inmueble las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general (art. 9.1.c) LPH).

En la actualidad, prevalece el derecho de *accesibilidad universal* en el sentido de que partiendo de las premisas exigidas legalmente y mediando la

²⁶ ENRICH GUILLÉN, D., "Formularios y Consultas" en *Límites al uso y disfrute de los bienes inmuebles, Conflictos en comunidades de propietarios, relaciones de vecindad y servidumbres*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 196-197.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. "La propiedad horizontal" en *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tomo I, Derechos reales en general. Posesión. Propiedad. El registro de la Propiedad, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p.216.

correspondiente indemnización, es posible la creación de una servidumbre para la instalación de un ascensor. Así, la SAP de Vizcaya de 30 de marzo de 2005, consideró que de acuerdo con los principios de solidaridad entre los comuneros, la instalación de un ascensor es una innovación requerida para la adecuada habitabilidad del inmueble, siendo que la afectación del local implicaba un perjuicio menor en derechos en relación con el ámbito solidario de incidencia en la calidad de vida.

La STS de 17 de octubre de 2013²⁸, señaló que: *“esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los problemas surgidos en aquellas ocasiones relativas a la instalación de un ascensor , en aquellos inmuebles que no tienen este servicio, exige la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa, ocupación, que con carácter general no va a contar con el consentimiento del propietario afectado. El problema se ha resuelto a partir de la ponderación de los bienes jurídicos que se ven afectados... Establecido por esta Sala que en estos supuestos en los que es necesaria la ocupación de un espacio privativo, se constituye una servidumbre (SSTS 22 de octubre de 2010 [RC 1574/2006] o 6 de septiembre de 2011 [RC 1337/2008]), se ha declarado, con valor de doctrina jurisprudencial que «la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo...”*

La STS nº 633/2011, de 4 de octubre de 2011, indicó que: *“el interés general, con referencia a las fincas antiguas, resulta de ser el ascensor un elemento esencial de presente y de futuro para favorecer la movilidad de las personas que residen en el inmueble, que redunde en beneficio, sin excepción, de todas ellas, tanto de quienes por razón de la edad o de las circunstancias físicas, temporales o permanentes, están incapacitados para acceder a las viviendas, especialmente, a las más altas, como del bienestar general y material, en cuanto implica una revalorización de las viviendas y se asimila en cierto modo al concepto de «barreras arquitectónicas» , que es posible y*

²⁸ Sentencia núm. 637/2013, recurso de Casación núm. 1514/2011, Westlaw, RJ 2013/6976.

necesario suprimir. De esa forma, el problema tiene respuesta a partir de la ponderación que se haga 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 un ascensor, en la que se tenga en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento, 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 conlleve una desaparición de la posibilidad de aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3 a) de la Ley .El artículo 9 c), en relación con el artículo 17, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal , con el acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios por mayoría, permiten la constitución de servidumbres para la creación de servicios comunes con la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, obviamente con el resarcimiento de daños y perjuicios, cuya valoración deberá efectuarse en cada supuesto concreto según el espacio ocupado, las molestias y el grado de la propia servidumbre”.

Si bien esto no ha sido siempre pacífico, ya que remontándonos unos años atrás, los criterios iniciales de la jurisprudencia en esta materia, llegaron a sostener que se trataba, más que de una servidumbre, de una expropiación privada contraria a la propia Constitución, tema que trataremos a continuación en el epígrafe siguiente.

Por otro lado, la constitución de la servidumbre no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que al contrario, existen ciertos límites y requisitos que se deben respetar en todo caso para su posible constitución. La previsión de constituir una servidumbre en espacio privativo regulado en la LPH es otra extensión consecuente a la idea de limitar el derecho de propiedad cuando exista un interés social, es decir, un interés mayor al propiamente abarcado por el derecho de goce y disfrute privativo, susceptible de protección. Sin embargo

la doctrina jurisprudencial ha introducido criterios de proporcionalidad y necesidad que determinan la resolución del problema al caso concreto.²⁹

4.2. CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SERVIDUMBRE COMO EXPROPIACIÓN PRIVADA NO ADMITIDA EN DERECHO

Pues bien, como hemos señalado en el apartado anterior, la jurisprudencia en un primer momento no admitía la posibilidad de crear una servidumbre en estos casos siendo que entendían que se trataba en realidad de una expropiación privada no admitida en nuestro Ordenamiento Jurídico. Entendían que el concepto jurídico de servidumbre no podía llegar a considerar como tal la privación (expropiación dicen muchas sentencias) de una parte importante de la propiedad privada, dejándola impedida para el desarrollo de su función. Señalando que las servidumbres deben estar dentro de los límites del CC y del art. 9.1.c LPH, ya que suponen la pérdida plena para su titular.³⁰

La SAP de Valladolid de 24 de noviembre de 1998³¹ declaró que no podía obligarse a un propietario a vender a la comunidad unos metros cuadrados de su local privativo que resultaban necesarios para instalar un ascensor, pues ello implicaría un derecho de adquisición forzosa o una expropiación por razones de interés privado contraria a los arts. 348, 349 y 396 CC y 33 CE.³²

La STS de 10 de octubre de 2011³³ señaló que: *“(...) en su consecuencia, debe declararse la nulidad del acuerdo sobre la instalación del ascensor adoptado por la Comunidad apelada, pues de no entenderse así ello comportaría autorizar una restricción del derecho de propiedad de la recurrente y, en consecuencia, una privación de la virtualidad de la protección otorgada en nuestro ordenamiento jurídico a su derecho de propiedad privada y separada de sus elementos privativos, dentro del régimen de propiedad horizontal. Sin que a ello sea óbice lo señalado en el art. 9.1 de la LPH por cuanto, como también se dejó dicho en la citada sentencia de 19 de enero de 2007, si se*

²⁹ ENRICH GUILLÉN, D., “Formularios y Consultas...op.cit.pp.165-166.

³⁰ DÍAZ FUENTES, A., “Los principios de la institución” en *Servidumbres, Serventías y Relaciones de Vecindad*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2004, p. 69.

³¹ Sentencia núm.384/1999, recurso de Apelación núm.388/1998, Westlaw, AC 1998/8635.

³² DÍAZ FUENTES, A., “Los principios...op.cit.p.68.

³³ Sentencia núm.732/2011, recurso de Casación núm. 2240/2008, Westlaw, RJ 2011/7410.

parte del concepto técnico de servidumbre, que se corresponde con la predial del art. 530 del C.c. y, por tanto, se configura el derecho de la Comunidad a establecer servidumbres sobre elementos privativos como un derecho que solo puede comportar un goce limitado y parcial del predio sirviente, la ocupación de una parte o de todo el elemento privativo equivale a una verdadera privación del mismo y obliga al propietario afectado a "vender" forzosamente a la comunidad una parte de la superficie de su elemento privativo, lo que implica una suerte de expropiación forzosa parcial en aras de satisfacer un interés privado que el art. 33 de la Constitución no ampara, ni la regla 1.ª del art. 17 de la LPH legitima, por lo que si bien cabe establecer servidumbres estas no podrán tener tal magnitud que, en la práctica, equivalgan a una efectiva apropiación por parte de la Comunidad de una parte del elemento privativo”.

En la SAP Barcelona de 20 de enero, se alegó que en el supuesto concreto se trataba de una *expropiación* y no de una servidumbre, ya que no era una simple limitación del dominio, sino una privación del mismo. Sin embargo y como venimos señalando, el denominarla expropiación forzosa determinaría que fuera inconstitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, siendo que el caso que se establece es para una utilidad pública o función social, y no para intereses privativos dentro de una comunidad de propietarios.

Mucho se ha debatido sobre esta figura durante estos años, existiendo jurisprudencia de Audiencias Provinciales contradictoria. En la STS, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011, núm. 732/2011, se señaló que: “(...) *sentencias que se muestran a favor de considerar que las obras necesarias para la instalación de un ascensor en el edificio comunitario implican la desaparición -similar a la expropiación forzosa-, de una porción de un elemento privativo, por lo que afectan al derecho de propiedad sobre los elementos privativos de uno de los comuneros que no puede realizarse sin su consentimiento (SSAP de Asturias, Sección 7.ª de 15 de septiembre de 2002 y 19 de enero de 2007). Señala, por otro lado, sentencias que sostienen que es posible constituir una servidumbre amparada en el art. 9.1.c LPH, sin tal carácter expropiatorio, siempre que en todo caso el gravamen que supone la constitución de la servidumbre no llegue al extremo de conllevar un menoscabo que inutilice total*

o parcialmente el elemento privativo (SSAP de Vizcaya, Sección 3.ª, de 30 de marzo 2005 y 30 de octubre de 2007).

Actualmente la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha reconocido que se trata de una *servidumbre* admitida en nuestro ordenamiento, siendo reiteradas las sentencias que así lo afirman, entre otras la STS de 22 de diciembre de 2010³⁴, que señaló que: “*Se entiende que el artículo 9.1.C recoge una limitación legal del derecho de propiedad individual de los comuneros que componen las comunidades en régimen de propiedad horizontal, otorgando la posibilidad de establecer servidumbres sobre esas propiedades individuales, cuando la creación de nuevos servicios que sean de interés general así lo requiera, estimando que en todo caso la regulación se refiere a la constitución de auténticos derechos de servidumbre y no a una expropiación de facto*”. En el mismo sentido, la STS de 22 de diciembre de 2012³⁵, señaló que la servidumbre en ningún caso puede considerarse como una expropiación.

El establecimiento de servidumbre no puede suponer una expropiación del elemento privativo afectado por la misma que conculcaría el derecho a la propiedad privada (art. 348 CC) y que determina que nadie podrá ser privado de sus bienes sino por causa justificada. (art. 33 CE). Esta previsión constitucional, aunque está pensada para supuestos de expropiación es perfectamente trasladable al régimen de propiedad horizontal como parámetro de interpretación. Por ello, la imposición de la obligación legal de permitir el establecimiento de servidumbres precisas para la instalación de servicios comunes de interés general no debe ser interpretado de manera no absoluta, siendo que su aplicación debe reservarse a los supuestos en los que el establecimiento de aquella sea absolutamente necesario, sin que existan alternativas razonables menos gravosas para el afectado y que tenga menor incidencia sobre su derecho de propiedad. Es necesario que el derecho de la comunidad a la instalación del servicio en cuestión se concilie con el derecho de cada propietario a ver respetada su propiedad, de forma que esta última se

³⁴ Sentencia núm.844/2010, recurso de Casación núm. 1574/2006, Westlaw, RJ 2011/17.

ponga al servicio de la comunidad exclusivamente cuando sea absolutamente necesario y no existan alternativas.³⁶

4.3. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN

El problema de la accesibilidad universal no solamente se plantea en relación a las comunidades de vecinos, y en concreto a las viviendas, sino que también existe en otros ámbitos de la vida. Las personas con movilidad reducida, discapacidad o de avanzada edad, tienen derecho a deambular por todos estos lugares en las mismas condiciones que los demás viandantes. Son varias las normas en nuestro Ordenamiento Jurídico que tratan de solucionar este problema.

Así, el art. 9.2 CE establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, el art. 49 CE señala que corresponde a los poderes públicos realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran, amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos otorgados en nuestra Constitución.

Las CCAA en virtud de lo establecido en el art. 148.1.3ª y 20ª CE, pueden asumir competencias en las siguientes materias: la ordenación del territorio, el urbanismo, la vivienda, así como, en lo referente a la asistencia social.

En Cantabria existe la Ley 3/1996, de 24 de septiembre, sobre accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación.

A nivel estatal y centrándonos en normativa vigente encontramos el RD 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus

³⁶ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., MORILLO GONZÁLEZ, F., "Derechos y obligaciones de los propietarios" en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012, p. 99.

relaciones con la Administración General del Estado, el RD 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, el RD 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

Dicho todo lo anterior, nos vamos a centrar en la normativa sobre accesibilidad a los edificios, sobre la cual tenemos la Ley 15/1995, de 30 de mayo, por la que se establecen límites al dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, y la LPH.

Existen en relación con los ascensores dos normas de importancia, por un lado el RD 2291/1985, por el que se aprueba el Reglamento de aparatos de elevación y manutención, y el RD 1314/1997, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo, y del Consejo, sobre ascensores. Asimismo existe la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por Asamblea General de la ONU, que fue ratificado en la Unión Europea por Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2009 y por España mediante Instrumento de Ratificación el 21 de abril de 2008 mediante la Ley 26/2011.³⁷

5. LOS ARTICULOS 10 Y 17 LPH Y LAS DIFERENTES FORMAS LEGALES PARA LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR

Anteriormente los ascensores eran considerados como obra de mejora y por ello se les aplicaba la regla de unanimidad, a pesar de que una parte importante de la jurisprudencia se venía inclinando por autorizar el acuerdo mayoritario acudiendo al criterio de interpretación sociológico de las normas jurídicas mediante la interpretación integradora de la norma 1ª del artículo 16 en su antigua redacción, frente a la postura representada por la STS de 15 de

³⁷ ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M., "Régimen de Obras" en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012, pp.144-145.

febrero de 1992 que seguía exigiendo la aplicación de la regla de la unanimidad, ante tal disparidad, se optaba por estudiar caso por caso.³⁸ Tras la exigencia de la regla de la unanimidad y antes de la exigencia de la mayoría vigente (debate doctrinal), se optó por la regla de la mayoría de tres quintos. Actualmente, como hemos indicado existe un debate, que trataremos en el epígrafe siguiente, sobre cuál es la mayoría que exige la LPH, al mencionar solamente el término: *mayoría*.

Se considera hoy en día que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de mayorías para el establecimiento de determinados servicios como es el caso de los ascensores.

El actual régimen de propiedad horizontal, avanzando en el principio de la función social de la propiedad y en facilitar entre otros servicios los que entrañen eliminación progresiva de barreras arquitectónicas, de las que ya fueron precursoras la Ley 3/1990 de 21 de junio y, sobre todo, la Ley 15/1995 de 30 de mayo, como desde el ámbito de la jurisprudencia lo fueron las SSTs 13 de julio de 1994, 5 de julio de 1995, 22 de septiembre de 1997 o 22 de noviembre de 1999, lo que supuso fue *suavizar* el régimen de adopción de acuerdos de la junta de propietarios liberalizándola de la exigencia de la unanimidad frente a propietarios insolidarios u opositores a modificaciones estructurales para la instalación de determinados servicios, tales como los ascensores, que por incidir en elementos comunes y pudiendo afectar al título constitutivo o a los estatutos, quedaba supeditado a la conformidad de todos los propietarios.³⁹

Sostiene PASTOR ÁLVAREZ que debemos partir de la idea de que en la realización de cualquier tipo de obras en el edificio siempre que afecten a elementos o servicios comunes del mismo, es necesario el previo acuerdo de la

³⁸ PASTOR ÁLVAREZ, M. C., *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.96.

³⁹ Joaquim Martí Martí, Abogado, <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-las-servidumbres-derivadas-de-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 02/11/16.

junta de Propietarios en tanto representa el máximo órgano y el centro neurálgico de poder de la comunidad; siendo sus competencias plenas, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley en cada caso; las reglas del art.17 LPH, dirigidas a regular los acuerdos de la junta, han de ser cumplidas y observadas rigurosamente, en caso contrario, darían lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados.⁴⁰ Sin embargo, como veremos en el presente trabajo, no siempre se requiere de un acuerdo en la junta.

Se puede concluir indicando que han existido tres etapas en cuanto al régimen de mayorías exigido y al tipo de obra en el que se encuadraba la instalación de un ascensor, siendo que en un primer momento se exigía la *unanimidad* al entenderse como una obra de *mejora*; tras esto se exigió la regla de la *mayoría de tres quintos* vigente hasta el 28 de junio de 2013 que es el momento en el que se adopta ya la mayoría (en este momento se distinguía entre la instalación de un ascensor que exigía ese quorum especial de tres quintos, y por otro lado la supresión de barreras arquitectónicas para las que exigía el voto favorable de la mayoría de los propietarios que a su vez representasen la mayoría de las cuotas de participación); y por último, actualmente se exige la regla de la *mayoría*, término impreciso que ha dado lugar a un profundo debate doctrinal que aún está candente, considerándose, hoy en día los ascensores como obra *necesaria* o de establecimiento de nuevo servicio común que tiene como finalidad la supresión de barreras arquitectónicas (arts.10.1.b y 17.2 LPH).

En la nueva redacción del Anejo III de la Parte I del Código Técnico de la Edificación (RD 314/2006, de 17 de marzo) operada por la Disposición Final Undécima de la Ley 8/2013, se establece una definición que perfila el alcance del art. 10 LPH y su diferenciación con las obras útiles del art. 17.4. LPH, siendo que el calificar una obra como necesaria determina su obligatoriedad, innecesariedad del acuerdo de la junta y la obligación de pago por todos los comuneros, por el contrario si la obra es útil se precisa de mayoría reforzada de tres quintos y posibilidad de disidencia.⁴¹

⁴⁰ PASTOR ÁLVAREZ, M. C., *La realización...*op.cit.p.9.

⁴¹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...*op.cit.

5.1. EL ART.10 LPH: OBRAS OBLIGATORIAS Y SIN ACUERDO PREVIO DE LA JUNTA

El artículo 10 LPH señala una serie de actuaciones en la comunidad que tienen carácter *obligatorio y no requieren de acuerdo previo de la Junta*, ya impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o sean solicitadas a instancia de los propietarios. Por lo que se trata de obras obligatorias, necesarias y exigibles.⁴² Estas actuaciones son:

“b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido”.

Dichas obras obligatorias, como señala el párrafo 2 del citado precepto, serán costeadas por los propietarios de la comunidad, limitándose el acuerdo de la junta a la distribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su abono. Asimismo, señala que los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa. Por otro lado, se establece que los pisos o locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 LPH para los gastos generales.

⁴² CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

El artículo 10.1.b LPH tiene una serie de rasgos que son importantes de destacar. En primer lugar, dicha instalación la pueden solicitar los *propietarios* en cuya vivienda o local, vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad o mayores de setenta años. En segundo lugar, es una *obra obligatoria*, siendo innecesario el acuerdo previo de la junta aunque siempre es conveniente convocarla para informar sobre las obras que se van a ejecutar. En tercer lugar, es *obligatorio* para todos los propietarios siempre que se cumpla el requisito económico exigido por la norma, no eliminando dicho carácter obligatorio el hecho de que el exceso de las 12 mensualidades sea asumido por quien lo requiere. Y por último, en cuanto a los propietarios de los pisos bajos y locales, no cabe duda en el precepto de que son también obligatorios para ellos, señalándose que impliquen o no la modificación del título constitutivo o de los estatutos.⁴³

La LPH faculta a solicitar dichas obras a los *propietarios* de viviendas o locales, a nadie más, a diferencia de lo que ocurre con la Ley 15/1995 en donde lo puede solicitar el propietario, el arrendatario, el subarrendatario, el usufructuario o meros usuarios de tal inmueble.

Es preciso señalar en este punto que, si bien las obras son obligatorias y no se precisa acuerdo de la junta, una elemental prudencia y buena diligencia en la gestión y administración de la finca, aconseja que se acuerde en junta la realización previa valoración de los informes técnicos precisos para determinar el contenido y alcance, y para determinar las derramas y formas de pago.⁴⁴

5.2. EL ART. 17 LPH: NECESIDAD DE MAYORÍA

Podemos apreciar que para que sea de aplicación el precepto analizado en el epígrafe anterior, se deben de cumplir los *parámetros económicos* establecidos en el mismo, ya que en caso contrario tendremos que acudir al artículo 17 del mismo texto legal que establece las reglas a que deben sujetarse los acuerdos de la junta de propietarios, estableciéndose en el apartado segundo que:

⁴³ <http://blog.suadministradordefincas.es/2013/05/21/la-instalacion-del-ascensor-en-un-edificio/>, visitado el 05/11/16.

⁴⁴ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento....*op.cit.

“sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.1 b), la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes”.

El legislador no especifica en el precepto analizado a qué mayoría se refiere, aludiendo solo a *mayoría*. Esta imprecisión está generando grandes debates existiendo dos corrientes de opinión.

Una *primera* corriente está formada por quienes creen que se refiere a la mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Estos autores se basan en que el anterior artículo 17.1.2º LPH establecía esta mayoría cualificada para este mismo supuesto, y en que al ser la instalación de ascensor un servicio común que va a cambiar las condiciones del edificio, no puede ser aprobado únicamente por los asistentes a la junta, sin tener en cuenta a la totalidad de los propietarios.

La *segunda* corriente está formada por quienes opinan que es la mayoría simple a la que se refiere el precepto, basándose en que el legislador no ha establecido expresamente la mayoría cualificada como si lo hace por ejemplo en el art.17.3 LPH. Asimismo, el art. 17.7 LPH establece que para la validez de los demás acuerdos en los que no se establezca un tipo concreto de mayoría, bastará con el voto de la mayoría de total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. Señalándose además que en segunda convocatoria, serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que esta represente, a su vez, más

de la mitad del valor de las cuotas de los presentes. Por otro lado, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 LPH, cuando se convoca una junta se debe comunicar a todos los propietarios el lugar, día y hora en que se celebrará en primera o segunda convocatoria, indicando los asuntos del orden del día. Esto es, que los propietarios conocen con antelación los asuntos que se van a tratar, en este caso la instalación del ascensor, por lo que deberán implicarse en los asuntos que les incumben como propietarios.

Entendemos que con una mayoría simple se agiliza la instalación del ascensor siendo esta la intención de nuestro legislador tras la reforma⁴⁵, removiendo todos los obstáculos a la mayor brevedad para hacer la vida más fácil a las personas que en este sentido más lo necesitan. Asimismo, entendemos que de haber querido el legislador ese quorum especial lo habría reflejado concretamente para que no diera lugar a dudas, como ocurría anteriormente.

A modo de conclusión podemos indicar que en el caso de que se superen las doce mensualidades ordinarias, será de aplicación lo dispuesto en el art. 17 LPH, esto es, que se requerirá un acuerdo aprobado por la mayoría, que una vez alcanzado obligará a toda la comunidad por el importe repercutido anualmente, siendo que el importe correspondiente a las doce mensualidades lo es por mandato de la ley y el resto por la validez del acuerdo alcanzado.

Mientras que será de aplicación el art. 10 LPH en el caso de que el importe total de instalación del ascensor sea inferior a las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, no siendo necesario ningún acuerdo, puesto que esta obra tendrá carácter obligatorio. La obra se costeará por todos los propietarios, teniendo en cuenta que la parte de las doce cuotas de comunidad es obligatoria para todos. Asimismo, existe la posibilidad de que se supere el parámetro económico exigido y siga siendo obligatorio, en este caso el interesado asumirá la diferencia.

El problema se plantea en relación con la expresión “repercutido anualmente”, ya que puede quedar a voluntad de la comunidad la imperatividad

⁴⁵ <http://blog.suadministradordefincas.es/2013/05/21/la-instalacion-del-ascensor-en-un-edificio/>, visitado el 05/11/16.

o no para todos los comuneros de la obra sin junta ni mayoría, bastando con repercutir el total de la obra en varias anualidades para que sea obligatoria e imperativa. Se plantea la posibilidad de que al amparo del art. 10.2 LPH, la junta puede fraccionar la repercusión del gasto y hacerlo en varias anualidades, con lo que la obra devendría obligatoria cualquiera que fuere su cuantía. Existen dos tesis en relación con este problema: un sector opina que la repercusión solamente puede computarse en relación con el año en el que se realiza la obra, en cambio otro sector entiende que la repercusión puede ser en varios años, siendo competente la junta para determinar en cuanto años se va a costear la obra. CARRERAS MARAÑA opina que esta última solución es la más ajustada para los casos en los que la fijación de varios años responda a la obtención de un préstamo; sin embargo se debe analizar cada caso concreto individualmente para determinar si esta forma de actuar puede incurrir en abuso de derecho, fraude de ley o actuación en perjuicio de algún propietario conforme al art. 18 LPH.⁴⁶

5.3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO EN LA LEY 15/1995, DE 30 DE MAYO, SOBRE LIMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 15/1995 establece un mecanismo para la instalación de ascensor que aunque tiene carácter residual, es de aplicación en algunos casos, no siendo aplicable exclusivamente a edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal. Aunque la Ley no lo diga expresamente, si las obras a realizar en el interior de la vivienda o local afectan directamente a un elemento común, no será de aplicación el régimen establecido en la Ley 15/1995, sino el régimen que establece la LPH.⁴⁷

Son beneficiarios de los derechos recogidos en la mentada Ley conforme al art.1.2, las personas con minusvalía física y los mayores de setenta años sin que sea necesario que éstos acrediten su discapacidad con certificado de minusvalía. Asimismo, las personas a las que hemos hecho referencia tienen derecho a promover y llevar a cabo las obras de adecuación

⁴⁶ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

⁴⁷ IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R., (Magistrado de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias), EDITORIAL JURIDICA SEPIN, julio de 2008.

de la finca y sus accesos desde la vía pública concurriendo una serie de requisitos y siempre que sean propietarios de la finca, arrendatarios, subarrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios o meramente usuarios de ésta, considerándose tales el cónyuge, el ligado por análoga relación de afectividad, el familiar, etc. Asimismo, se consideran usuarios los trabajadores minusválidos vinculados por una relación laboral con el titular.

La Ley establece en su art. 3 que los titulares y usuarios tienen derecho a promover y llevar a cabo las obras de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde la vía pública siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Ser el titular o el usuario de la vivienda minusválido con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas.

b) Ser necesarias las obras de reforma en el interior de la finca urbana en los pasos de comunicación con la vía pública para salvar barreras arquitectónicas, de modo que se permita su adecuado y fácil uso por minusválidos. Siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio.

En los arts. 4 y siguientes de la Ley se expresa el procedimiento a seguir para la realización de las obras, señalándose que el titular o usuario notificará por escrito al propietario o a la comunidad la necesidad de ejecutar las obras de adecuación por causa de minusvalía, acompañándose al escrito de notificación, las certificaciones necesarias así como el proyecto técnico detallado de las obras a realizar. En el plazo máximo de sesenta días, el propietario, la comunidad o el empresario (en su caso), deberán comunicar por escrito al solicitante su consentimiento u oposición razonada, pudiendo proponer alternativas. Transcurrido dicho plazo sin haber obtenido comunicación alguna, se entenderá que consienten las obras, las cuales podrán iniciarse una vez obtenidas las autorizaciones administrativas precisas,

siendo además que la oposición comunicada fuera de plazo carece de eficacia y no impide la realización de las obras.

En caso de oposición a la ejecución de las obras, en tiempo y plazo legales, o si no se aceptan las alternativas propuestas, el titular o usuario, podrá acudir a la vía civil sustanciándose por los trámites del juicio verbal. Cumplidos los requisitos exigidos, el juez reconocerá en sentencia el derecho a ejecutar las obras en beneficio de las personas discapacitadas, pudiendo también declarar procedente alguna o parte de las alternativas propuestas, siendo posible su impugnación conforme a lo establecido en la LEC. Los gastos que se originen como consecuencia de las obras de adaptación correrán a cargo del solicitante sin perjuicio de las ayudas o subvenciones que le puedan pertenecer conforme a la normativa vigente.

El plazo establecido para contestar, obliga al presidente a convocar de inmediato junta Extraordinaria (salvo que estuviere ya convocado o hubiere de celebrarse junta ordinaria anual), para que en la junta se revise la pretensión de solicitante, y se compruebe que el solicitante cumple los requisitos que exige la Ley 15/1995, decidiéndose o no la ejecución de las obras.⁴⁸

En este caso puede solicitar la realización de las obras cualquier persona que tenga relación con la finca, es decir, no solamente el *propietario* de la misma como ocurre con los procedimientos regulados en la LPH, además en este supuesto es el solicitante quien se hará cargo del importe *total* de la misma. Motivo por el cual cómo podemos entender no es un supuesto muy habitual.

5.4. MECANISMOS ACTUALES PARA LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR EN UN EDIFICIO SOMETIDO A LA LPH

Por todo lo expuesto en los epígrafes anteriores, podemos concluir que existen actualmente tres mecanismos para llevar a cabo la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios que son los siguientes:

1) en virtud de lo estipulado en el art. 10 LPH: solicitado por un *propietario* que cumpla los requisitos exigidos y siempre que el importe de la

⁴⁸ IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R.,...op.cit.

instalación no supere doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, la comunidad está obligada a instalarlo y todos los propietarios deberán pagar los gastos que se generen. Asimismo, se establece que es posible que la comunidad pague este primer importe y el afectado se haga cargo del resto.⁴⁹ En este caso los beneficiarios son, conforme a lo establecido en el art.10.1.b) LPH, las personas con discapacidad y las mayores de setenta años, siendo que lo mismo podemos decir para el caso del apartado 2 de esta enumeración.

2) conforme a lo dispuesto en el art. 17 LPH: en este supuesto es necesario el acuerdo de la *mayoría* de la totalidad de cuotas y propietarios, es decir, no solo de los presentes en la junta, sino también de los ausentes, de tal modo que, una vez adoptado el acuerdo en asamblea, se ha de comunicar a los que no asistieron, que podrán oponerse en el plazo de 30 días naturales desde la notificación, en caso contrario, su voto computa a favor de lo adoptado en junta, en virtud de lo establecido en el art. 17.8 LPH. Aquí, con independencia del importe, todos los propietarios estarán obligados al pago de los gastos que se generen, pues así lo votaron.⁵⁰

3) de manera residual pero utilizado en la práctica, ya que se encuentra vigente, el mecanismo establecido en la Ley 15/1995, supuesto en el que el gasto lo afrontará el *solicitante* que podrá no ser el propietario ya que en virtud de lo establecido en el art. 2: “*serán beneficiarios de las medidas previstas en la presente Ley, quienes, padeciendo una minusvalía de las descritas en el artículo siguiente, sean titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios, o sean usuarios de las mismas*”.

5.5. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

El art. 18 LPH establece los acuerdos de la junta de Propietarios impugnables ante los tribunales, señalando que podrán impugnarse cuando

⁴⁹ María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada, <http://blog.sepin.es/2016/02/instalacion-ascensor-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.

⁵⁰ María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal, Abogada <http://blog.sepin.es/2016/02/instalacion-ascensor-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/2016.

sean contrarios a la ley o a los estatutos; cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la comunidad en beneficio de uno o varios propietarios; y cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se haya adoptado con abuso de derecho.

Están legitimados para impugnar los acuerdos, los propietarios que hubiesen salvado su voto en la junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto, debiendo además estar al corriente de pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial. El plazo de impugnación es de 3 meses contados desde que se adoptó el acuerdo, a excepción de que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos siendo que en este caso el plazo es de 1 año. (ex art.18 LPH).

Una vez acordado en junta la instalación de ascensor, este acuerdo es ejecutivo tal y como establece el art. 19.3 LPH. Por lo que, acordada dicha obra, deberá requerirse al presidente a fin de ejecutar lo acordado. En caso de inactividad por parte de la comunidad deberemos recabar el auxilio judicial para que se obligue a la comunidad a realizar la obra acordada.

Cuando el afectado no está conforme tiene derecho a impugnar el acuerdo conforme a lo establecido en el art. 18 LPH. El perjudicado deberá hacer constar su negativa o voto en contra para evitar que se le imputen “actos propios”. Es la comunidad la que debe acudir al juzgado para exigir la constitución de la servidumbre, siendo que el perjudicado en juicio podrá alegar los inconvenientes técnicos y exigir la correspondiente indemnización.⁵¹

Es habitual que el perjudicado alegue el apartado c) del art. 18 LPH con el fin de impugnar el acuerdo, siendo el primer paso determinar si la servidumbre supone un grave perjuicio para el propietario afectado, ya que la afección a su derecho de propiedad como ha venido señalando reiteradamente la jurisprudencia, no puede llegar a generar un menoscabo que haga inservible física, funcional o económicamente el predio sirviente. El segundo paso será determinar si el propietario tiene o no obligación jurídica de soportar la

⁵¹ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

servidumbre, siendo que la junta donde se haya acordado la instalación del ascensor y la constitución de servidumbre se debe ajustar a los requisitos legales y jurisprudenciales.

6. SOLUCIÓN AL PROBLEMA POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Planteado el problema, hay que tener en cuenta las cuestiones siguientes, a fin de ir dando respuesta a cada una de ellas y ver las posibles soluciones al tema objeto del presente trabajo: las acciones judiciales, la entrada en la vivienda o local afectado, la posibilidad de que la servidumbre figure en el título e inscripción registral, los límites, la indemnización y los efectos de la servidumbre en la cuota de participación.⁵²

6.1. ACUERDOS EN LA JUNTA DE PROPIETARIOS, REDACCIÓN DE CONVOCATORIAS Y ACTAS

En aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1.b LPH no es exigible acuerdo de la junta, aunque si es necesaria una asamblea para fijar y determinar el desembolso correspondiente y demás circunstancias de la obra. En el caso del art. 17 LPH, obra aprobada mediante las mayoría necesarias, será necesario un informe técnico que determine todas las condiciones y actuaciones a desarrollar de la obra en cuestión, así como la aprobación de presupuestos, proyectos de diferentes empresas, etc.⁵³

El art. 16.2 LPH indica que la convocatoria de la junta es competencia del presidente, o en su defecto de los promotores de la reunión que pueden ser los propietarios que representen el 25% de las cuotas de participación. En la convocatoria se indicarán los asuntos a tratar, es imprescindible que si se va a tratar/votar la instalación de un ascensor quede reflejado en el orden del día, expresando también el lugar, día y hora en que se celebrará la primera convocatoria o en su caso la segunda. Deberá citarse a todos los propietarios en sus domicilios, y en caso de ser imposible de esta forma, se publicará en el tablón de anuncios que la comunidad tenga a tal efecto o en lugar visible,

⁵² <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

⁵³ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

expresando la fecha y los motivos por lo que se notifica así, firmada además por el secretario y con el visto bueno del presidente. El art. 16.2 párrafo segundo LPH establece la posibilidad de dirigir escrito al presidente de la comunidad solicitando la inclusión en la próxima junta de un punto del orden del día, en nuestro caso la instalación de ascensor.

Por su lado, el art. 19 LPH señala el contenido que debe tener el acta de la reunión de la junta de propietarios, siendo que deberá contener: fecha y lugar de celebración, autor de la convocatoria o propietarios que la promueven, su carácter ordinario o extraordinario, y celebración en primera o segunda convocatoria, relación de asistentes y sus respectivos cargos, los propietarios representados, indicando siempre la cuota de participación de cada propietario, el orden del día de la reunión y los acuerdos adoptados, señalando si es relevante para el asunto en cuestión los propietarios que votaron a favor y los que lo hicieron en contra. El acta será firmada por el secretario y el presidente.

6.2. ACUERDO DE INICIO DE ACCIONES JUDICIALES EN CASO DE NEGATIVA DEL PROPIETARIO A PERMITIR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE

Lo normal es que el propietario afectado por la servidumbre, no ponga inconveniente alguno a que los técnicos accedan a su propiedad con el fin de realizar los estudios y mediciones correspondientes a la obra de constitución de servidumbre por instalación de ascensor, no obstante, en ocasiones, ocurre lo contrario. La comunidad carece de autoridad por sí misma para acceder a la propiedad privada, aunque como sabemos el art. 9.1.d) LPH establece como una de las obligaciones de los propietarios el permitir la entrada en su vivienda o local, por lo que ante la negativa del propietario afectado a la comunidad no le quedará más remedio que acudir a la vía judicial, y que sea el Juez el que dicte una orden de entrada en el inmueble afecto.⁵⁴

La STS de 28 de octubre de 2005⁵⁵, estableció que la negativa a permitir el acceso a la vivienda determina el derecho a la indemnización de daños y perjuicios en favor de la comunidad, en la sentencia citada el comunero hubo

⁵⁴ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

⁵⁵ Sentencia núm.831/2005, recurso de Casación, Westlaw, RJ 2005/7615.

de indemnizar a la comunidad por negar el acceso a su vivienda para instalar un andamio en el incremento que le supuso a la comunidad la instalación de un sistema alternativo.⁵⁶

Se plantea por otro lado acudir a una medida preliminar del art. 256 LEC con el fin de conseguir la entrada en el domicilio del comunero privado para realizar las obras. La cuestión es compleja, tanto por la redacción del art. 261 LEC como por la entrada en domicilio ajeno que implica la salvaguarda de la inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE. El art. 261 LEC establece la medida de *exhibición de títulos y documentos*, lo cual no se ajusta al supuesto de entrada en domicilio privado, siendo que el apartado tercero se refiere a cosa mueble para su *depósito o garantía*, que es tampoco ajustable al caso que nos ocupa. Conviene traer a colación la LO 8/2003, de 9 de julio, de reforma concursal, regulando en su art. 1 la entrada y registro civil en el domicilio del deudor.⁵⁷

También se ha barajado la pertinencia de una medida de entrada judicial forzosa, que no es ajena al proceso civil, contemplándose en el art. 261, 354 LEC y en la legislación concursal (art.1 LO 8/2003). Si bien, esta medida no está expresamente permitida para la realización de obras comunitarias, siendo muy difícil su estimación ya que el primer requisito para cualquier medida limitativa o restrictiva de derechos fundamentales es su cobertura o habilitación legal, unida a la necesaria exclusividad jurisdiccional. En un estado de Derecho, solo la autoridad judicial y en aplicación de una norma legal habilitante puede limitar los derechos fundamentales. Pues bien, a modo de conclusión diremos que habrá que acudir a un juicio declarativo ordinario del art. 249.1.8 LEC, donde se establece la posibilidad de pedir como medida cautelar, ya sea en la demanda o previamente, que el juzgado permita el acceso al piso o local de forma preventiva a tenor de lo dispuesto en los arts. 726.2 y 727 regla 11ª LEC, siendo que para que esta medida tenga éxito se deberá aportar el acuerdo de la junta de utilizar tal inmueble para las obras, el

⁵⁶ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

⁵⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento....op.cit.*

contenido de las mismas y un informe pericial en el que se determina la necesidad de ocupar el inmueble.⁵⁸

Para emprender acciones legales contra un comunero, el presidente de la comunidad, necesitará acuerdo expreso de la junta de Propietarios.

Por otro lado, las obras pueden generar para los propietarios o arrendatarios, la obligación de desalojo de su vivienda, conllevando un derecho de realojamiento, esto es, un derecho de alojamiento provisional hasta el retorno. Esta cuestión se encuentra regulada en el art. 14 de la Ley 8/2013 estableciéndose que en la ejecución de las actuaciones previstas por esta Ley que requieran el desalojo de los ocupantes se deberá garantizar el derecho de estas personas a su realojamiento en los términos establecidos por la Ley del Suelo y por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. En estos casos, el promotor de la actuación deberá garantizar el realojamiento en las condiciones que establezca la legislación aplicable.⁵⁹

Es posible que el propietario afectado por la servidumbre se oponga a la constitución de la misma por pérdida de funcionalidad del local, es otra de las razones por que las que afectado puede no estar de acuerdo con dicha obra. Esta pérdida de funcionalidad debe ser real y acreditarse en el procedimiento, ya que uno de los límites a la constitución de servidumbre es precisamente esa pérdida de funcionalidad.

6.3. PROCESO JUDICIAL

Aunque las comunidades de propietarios no gozan de personalidad jurídica propia, la complejidad del entramado de derechos y obligaciones que surgen de la propiedad horizontal, han hecho necesario establecer un sistema que obligue a estas comunidades a actuar siempre a través de alguien que legalmente las represente, el presidente. La propiedad separada que se produce sobre los elementos privativos hace imprescindible que estas comunidades sean consideradas entes con proyección jurídica propia susceptibles de contratar con terceros. Así, además de operar a través de un

⁵⁸ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

⁵⁹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

representante legal en juicio y fuera de él, tienen una estructura y función propia que las asemeja a las personas jurídicas del art. 35 CC.⁶⁰

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en reconocer la legitimación al comunero para defender los intereses de su comunidad, en este sentido las SSTS de 7 de octubre y de 21 de octubre de 1999 declarando ésta última: "*reiteradísima jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para defender los derechos de la Comunidad puede actuar aisladamente cualquiera de los Comuneros, que pueda demandar en interés común de todos*". Por lo que el comunero posee legitimación para la defensa de los intereses de la comunidad, actuando en nombre propio pero en beneficio de ésta, siendo que la sentencia que pueda recaer a su favor puede aprovechar a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa. (SSTS de 8 de abril de 1992, de 22 de mayo de 1993, de 7 de diciembre de 1999, de 3 de febrero de 1983 y de 9 de febrero de 1991).⁶¹

La comunidad deberá indemnizar al afectado por los daños y perjuicios derivados de la constitución de servidumbre, pudiendo llegar a un acuerdo o en caso contrario, será necesario recabar el auxilio judicial. Siempre es conveniente desde un punto de vista económico y sobre todo a efectos de no retrasar mucho la obra, no olvidemos que el fin primordial es lograr la accesibilidad universal, el llegar a un acuerdo, entendiendo que será algo complicado debido a los intereses contrapuestos entre las partes. En cualquier caso, siempre será la comunidad y el afectado, es decir, un tercero no tiene legitimación para impugnar la privación a otro propietario de parte de su propiedad.⁶²

Pues bien, en lo que respecta al tipo de procedimiento indica el art. 249.1.8º LEC que se sustanciarán por el procedimiento ordinario cualquiera que sea la cuantía, es decir, por razón la materia, cuando se ejerciten las acciones que otorga a las juntas de propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de

⁶⁰ MORILLO GONZÁLEZ, F. ECHEVERRÍA SUMMERS, F. *Manual Práctico de Propiedad Horizontal*, 1ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p.24.

⁶¹ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...* op.cit.

⁶² María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal, Abogada, <http://blog.sepin.es/2016/02/instalacion-ascensor-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.

cantidad. Será competente el juzgado de primera instancia conforme a lo establecido en el art. 45 LEC. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 52.1.8º LEC en los juicios en materia de propiedad horizontal será competente el tribunal del lugar en que radique la finca. Estando prohibido, en estos casos, el pacto de sumisión conforme al art. 54.1 LEC.

Como hemos señalado anteriormente, las comunidades de propietarios carecen de personalidad jurídica, sin embargo éstas actúan conforme a lo establecido en el art. 13.3 LPH, es decir, bajo la figura de su presidente. Además, las comunidades tienen capacidad para ser parte (art.6.1.5º LEC) y capacidad para comparecer en juicio *por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación de dichas entidades* (art.7.1.6º LEC).

El procedimiento iniciará a través de demanda. En el caso de que sea la comunidad quien lo promueva solicitará la constitución de servidumbre para instalación de ascensor, aportando todos los elementos de prueba en que funde su pretensión. Por el contrario en caso de ser el propietario quien lo promueva solicitará la nulidad, impugnará el acuerdo por el que se acuerdan las obras o simplemente expondrá su no conformidad con la indemnización, o no haber lugar a la servidumbre por sobrepasar los límites que se imponen por parte de la jurisprudencia y la ley. El demandado contestara a la demanda con todos los elementos de prueba de los que quiera valerse.

Será necesaria la representación mediante Procurador y la defensa de Letrado, conforme a lo establecido en los art. 23 y 31 LEC.

Se debe aportar proyecto técnico detallado de las obras a realizar así como informes periciales de otros expertos, que acrediten la necesidad y ausencia de menoscabo, siendo que se habrán estudiado todas las alternativas posibles, eligiendo, dentro de las viables, la que menos perjudique al inmueble del afectado, además se habrá comprobado la resistencia de los materiales empleados en la construcción y su compatibilidad con las características arquitectónicas e históricas del edificio. Asimismo, es aconsejable aportar al proceso informes médicos que hagan ver las repercusiones físicas que se agravan por no disponer de ascensor, así como la necesidad del mismo para

personas con movilidad reducida, discapacidad y mayores.⁶³ Además en el caso de haber existido acuerdo de la junta, deberá aportarse el mismo al procedimiento, y en caso de no ser necesario por ser obra obligatoria se acreditará tal obligatoriedad. Las testificales de vecinos pueden ser esenciales cuando hay controversia en ciertos temas, como, por poner un ejemplo, cuando han existido varias ofertas de indemnización al perjudicado y no constan todas reflejadas en el acta por haberse realizado de palabra.

Será el juez quien finalmente, con todos los instrumentos dados por las partes y a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, decida conforme a las reglas de la sana crítica y la razón.

7. JURISPRUDENCIA

En este epígrafe relacionaremos la jurisprudencia más interesante en relación con este tema, tratando los problemas más frecuentes en la práctica.

7.1. CLAÚSULA DE EXONERACIÓN DE LOS LOCALES EN EL PAGO DE INSTALACIÓN DE ASCENSOR

A tenor de lo dispuesto en el art. 9.1 e) LPH, los locales, como cualquier propietario, deben participar en los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble.

La junta es el órgano competente para decidir el régimen por el que se van a repartir los gastos comunes, la LPH establece que se podrán distribuir, bien con base a la cuota fijada en escritura, bien conforme a un sistema que especialmente se acuerde, pudiendo ser por ejemplo que todos contribuyan por partes iguales.⁶⁴ Existe la posibilidad de que mediante una cláusula de exoneración en los estatutos o por acuerdo de la junta, se exima a los locales de la participación de los gastos concernientes al servicio de ascensor.

Existen dudas de interpretación sobre estas cláusulas cuando no tienen una redacción clara. Una duda habitual que se plantea es sobre si los

⁶³ ENRICH GUILLÉN, D., "Formularios y Consultas...op.cit.p.197.

⁶⁴ DONAIRE IBÁÑEZ, A., *Preguntas y Respuestas sobre Propiedad Horizontal*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 241.

propietarios de locales deben abonar los gastos de un nuevo ascensor, cuando están exentos del pago de los de portal o si deben abonarlo en caso de no tener acceso al mismo. A estas cuestiones ha dado respuesta la jurisprudencia interpretando la Ley y las citadas cláusulas, teniendo siempre un carácter restrictivo. Así, por ejemplo, pese a existir una exoneración en relación con los gastos del portal, deberán abonar los derivados de una nueva instalación, como señaló la SAP Burgos de 31 de julio de 2013, del mismo modo que estarán obligados al pago de los gastos de sustitución cuando la citada cláusula está referida a los gastos de conservación y mantenimiento, como señaló la SAP Navarra de 18 de febrero de 2013.⁶⁵

Por otro lado, según lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 9 LPH, el *no uso* no exime a los propietarios de locales, del pago de los gastos comunes, a los que estará obligado como cualquier comunero, pues sus características especiales ya fueron tenidas en cuenta en el momento de fijarse su cuota de participación. (STS, Sala Primera, 14 de marzo de 2000). Además, las características y el destino de estas propiedades son fundamentales en cuanto a derechos se refiere; así, por ejemplo, con respecto al cerramiento de la finca, parece unánime la respuesta dada por las sentencias, que consideran que ha de contarse con el consentimiento de los locales, al poder verse afectados en estos casos, y en este sentido se ha pronunciado incluso el Tribunal Supremo, en Sentencias de 5 de marzo de 2014 y de 16 de julio de 2009.⁶⁶

Es posible exonerar estatutariamente a los locales de todo tipo de gastos en relación con el ascensor, así la STS de 18 de noviembre de 2009⁶⁷ contempla la exoneración genérica del pago de los gastos referidos a todo tipo de cargos derivados del ascensor, sean ordinarios o extraordinarios.

En cuanto a la posible exoneración a la contribución de los gastos en junta de propietarios, el problema es determinar si para ello se exige la unanimidad o se puede realizar mediante la mayoría exigida para acordar la instalación de ascensor. El criterio mayoritario de las AP es entender que es

⁶⁵ María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada <http://blog.sepin.es/2016/04/locales-en-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.

⁶⁶ María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada <http://blog.sepin.es/2016/04/locales-en-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.

⁶⁷ Sentencia núm. 720/2009, recurso de Casación núm. 956/2005, Westlaw, RJ 2010/109.

necesaria la unanimidad, al implicar una modificación en el reparto de gastos establecido en el título constitutivo o estatutos, que con carácter general requiere la unanimidad para su modificación, ello independientemente de que la mayoría necesaria para la instalación del servicio sea otra. Pese a esto, existen opiniones contrarias que creen que para exonerar a dichos gastos es necesaria la misma mayoría que para la instalación del servicio.⁶⁸

En la STS de 18 de diciembre de 2008⁶⁹ se declaró que: "(...) *La exoneración de los gastos de reparación, sustitución y mantenimiento del ascensor ha sido como contraprestación a la servidumbre impuesta a sus locales para la instalación del ascensor*". En consecuencia, si se instala un ascensor en una comunidad y se le priva en parte a un propietario de su elemento privativo, es preciso indemnizarle y además exonerarle de todos los gastos del ascensor, sin que sea preciso para ello unanimidad, sino el mismo *quorum* previsto para la adopción del acuerdo. Así, se exige que todo sacrificio tenga un correlativo beneficio *do ut des, do ut facias, facio ut facias*.⁷⁰ Asimismo, La STS de 13 de septiembre de 2010⁷¹ estableció que para exonerar a un comunero de los gastos de instalación del ascensor como indemnización a la servidumbre que se le ha impuesto, se exige el mismo *quorum* que para la instalación, y se fija como doctrina jurisprudencial que "*para la adopción de los acuerdos que se hallen asociados al acuerdo de instalación del ascensor aunque impliquen la modificación de los estatutos o del título constitutivo, se exige la misma mayoría que para el acuerdo principal de instalación*". Ello supone que si un propietario soporta una servidumbre para permitir el establecimiento de un servicio de interés general autorizado por la mayoría determinada en el art. 17 de la Ley, la aprobación de la indemnización a percibir por este propietario ha de ser aceptada por idéntica mayoría, y carece de sentido la exigencia de la recurrente con relación a la unanimidad del acuerdo de la indemnización.⁷² La STS de 8 de noviembre de 2011 señaló que: "*En definitiva, para la adopción de los acuerdos que se hallen directamente asociados al acuerdo de instalación del ascensor, aunque impliquen la*

⁶⁸ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., MORILLO GONZÁLEZ, F., "Derechos...op.cit.p.111.

⁶⁹ Sentencia núm.1151/2008, recurso de Casación núm. 2469/2003, Westlaw, RJ 2009/158.

⁷⁰ CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

⁷¹ Sentencia sin número, recurso de Casación núm.2029/2006, RJ 2010/6967.

⁷² CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento...op.cit.*

modificación del título constitutivo, o de los estatutos, se exige la misma mayoría que la Ley de Propiedad Horizontal exige para tal acuerdo. No obstante, la aplicación de esta jurisprudencia no permite que los acuerdos adoptados en esta materia puedan ser alterados con posterioridad, cuando se vea afectado el título constitutivo o estatutos de la comunidad, por mayoría sino por unanimidad".

La AP de la Rioja en sentencia nº 304/2009 de 13 de octubre estableció que se puede dispensar a los propietarios de locales de participar en determinados gastos correspondientes a servicios o elementos a los que no tienen acceso, siendo el problema el interpretar el alcance de la dispensa que se hace en los estatutos en los que en ocasiones se utilizan formulas genéricas e imprecisas. Por lo que se debe diferenciar entre los gastos de mantenimiento y uso del ascensor y los gastos de sustitución del mismo, de forma que, cuando no excluya expresa y claramente a los propietarios de los locales en dichos gastos de sustitución deberán abonar el importe que les corresponde, debiendo interpretarse restrictivamente cualquier excepción.

La STS de 13 de noviembre de 2012⁷³ estableció doctrina sobre una clausula habitual en muchos estatutos comunitarios en la que se exige de contribuir a gastos de los portales o zaguanes, sentando el TS doctrina en el sentido de que las cláusulas estatutarias de exención del deber de participar en el abono de ciertos gastos ya sean ordinarios o extraordinarios, han de interpretarse siempre restrictivamente, no abarcando los gastos de instalación del ascensor.

Es conveniente establecer en la junta y además reflejar en el acta, la exoneración en gastos futuros de conservación y mantenimiento a los locales, de esta forma además será más fácil obtener su conformidad para con dicha obra.⁷⁴

Sin embargo, no es posible que la exención se incluya en el reglamento de régimen interno porque dicho instrumento no puede modificar ni la ley ni los

⁷³ Sentencia núm. 619/2012, recurso de Casación núm.173/2010, Westlaw, RJ 2012/11060.

⁷⁴ LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal, Comunidades y Urbanizaciones*, Tomo II legislación y formularios, 4ª edición, Sepin, octubre, 2000, p.177.

estatutos y carece de valor para regular la forma de contribución a los gastos o exoneraciones, cuestiones que solo pueden ser reguladas por los estatutos. Es habitual la exención de la contribución al sostenimiento de gastos de mantenimiento de ascensor a los propietarios de locales o viviendas de la planta baja, o la exención por acuerdo de la junta general de la contribución de los propietarios de plazas de garaje a determinados gastos comunes. Estas cláusulas, siendo que son excepciones a la regla general, deben ser interpretadas restrictivamente, nuestros Tribunales establecen que la exoneración no puede hacerse extensiva a otros gastos. El Alto Tribunal considera que la exención no alcanza a los gastos no periódicos que vienen exigidos por problemas o defectos que hacen necesaria la sustitución del aparato, de forma que cuando se trata de sustituir o modificar el servicio deben contribuir todos los propietarios, incluso los exentos de contribuir al mantenimiento de gastos ordinarios, toda vez que a juicio de la Sala Primera, este tipo de gastos afectan al conjunto del edificio, incrementando o disminuyendo, en función de su existencia o no, su valor global, lo cual beneficia a todos los propietarios utilicen o no dicho servicio. Dicho lo anterior, el TS ha entendido en STS de 18 de noviembre de 2009, en un supuesto en el que se excluían a las plantas bajas y entresuelos de los gastos de ascensor, que el término gastos debe incluir tanto los ordinarios como los extraordinarios, dando un giro en la jurisprudencia anterior.⁷⁵

7.2. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN Y LÍMITES A LA SERVIDUMBRE

La indemnización es un requisito *sine qua non* para llevar a cabo la constitución de la servidumbre, dicha indemnización tiene que ser efectiva incluso en el caso de que el afectado esté o vote a favor de la obra o alteración de los elementos comunes. Asimismo, es posible la renuncia del interesado a percibir dicha indemnización, algo inusual como podemos comprender. Cuando no exista conformidad con los importes, se deberá acudir a los tribunales a

⁷⁵ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., MORILLO GONZÁLEZ, F., "Derechos...op.cit.pp.110-111.

efectos de que se valoren los daños y perjuicios, llegando a una indemnización que se ajuste a la realidad.⁷⁶

La indemnización debe abarcar los dos conceptos establecidos en el art. 1106 CC, que son, las pérdidas sufridas por causa de la servidumbre (daño emergente) y las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante), así entre otras la SAP de Zaragoza, de 18 de marzo de 2002.⁷⁷

No existen criterios o parámetros establecidos en la LPH para el cálculo de la indemnización, si bien existen algunas sentencias que se han encargado de valorar la indemnización de acuerdo con una serie de daños establecidos, así en la STS de 17 de octubre de 2013, se señaló, y con referencia a la sentencia de 4 de octubre de 2011, que: *“como contraprestación a la obligación impuesta al propietario, el artículo 9.1 letra c de la LPH le reconoce al propietario afectado el derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios causados, los cuales vienen correctamente fijados en la sentencia de 1ª Instancia, a determinar en ejecución de sentencia, a salvo de los acuerdos a que pudieran llegar las partes, conforme a los siguientes criterios:*

a) una indemnización a precio de mercado, según locales de iguales características y ubicados en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m2 invadida, según dictamen pericial, incluida la superficie de vuelo que se va a ocupar y calculada conforme al tiempo en que se proceda a la ejecución de las obras.

b) una cantidad a tanto alzado por el demérito experimentado por el local como consecuencia de su menor superficie en la zona de trastienda precisando que, a falta de acuerdo sobre dicha cantidad y siendo necesario acudir en ejecución de sentencia a la designación de un perito judicial, los gastos de todo tipo que se generen correrán a cargo de la comunidad de propietarios actora...

c) una indemnización dineraria por todas las consecuencias que la instalación del ascensor pueda producir a las demandadas en la relación arrendaticia existente en el local, debidamente acreditadas, incluidas posibles

⁷⁶ LOSCERTALES FUERTES, D., “Las servidumbres en la Ley de Propiedad Horizontal”, SP/DOCT/19828, 2016.

⁷⁷ DÍAZ FUENTES, A., “Los principios...op.cit.p.70.

reducciones de la renta a percibir por la parte demandada durante la ejecución de las obras precisas para la instalación del ascensor u otras vicisitudes que, como consecuencia de las mismas, afecten a la relación arrendaticia y

d) una indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras precisas, se causen daños al local previa acreditación fehaciente de los mismos”.

En el caso de la citada sentencia se convino por las partes la indemnización en especie consistente en la transformación del local en vivienda y admitiendo el paso de tubos de evacuación, que finalmente no se llevó a cabo, pero que pone de manifiesto que cabe la autonomía de la voluntad entre las partes en cuanto a la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios cuando se crea *ex novo* una servidumbre para instalar un ascensor. En otras ocasiones, como indemnización se ha admitido la exoneración total de los gastos, ordinarios y extraordinarios, de la comunidad.⁷⁸ En la última STS a este respecto de 10 de marzo de 2016⁷⁹, se cede parte del portal al local como indemnización a la pérdida del semisótano de su propiedad para permitir la instalación del ascensor.⁸⁰

Otra de las cuestiones que más problemas ha planteado es determinar si la comunidad tiene derecho a constituir una servidumbre en todos los casos, siendo la respuesta negativa, pues existen una serie de límites que no se pueden sobrepasar, siendo que la instalación no puede llevar consigo que el piso o local sufra tal menoscabo que quede en situación que ya no pueda servir para un uso correcto o para su propio destino. Esto es una de las cuestiones que se deben acreditar en los informes técnicos y ante los Tribunales, siendo que se puede determinar la no constitución de servidumbre cuando existan circunstancias de impacto negativo importante.⁸¹

No existe el deber general de soportar cualquier servidumbre, siendo que la propiedad privada tiene que continuar sirviendo a los fines que servía.

⁷⁸ LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad....* op.cit.p.155.

⁷⁹ Sentencia núm.148/2016, recurso de Casación núm.268/2014, Westlaw, RJ 2016/953.

⁸⁰ María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada <http://blog.sepin.es/2016/04/locales-en-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.

⁸¹ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

Por ello, en el momento de valorar jurídicamente la necesidad u obligatoriedad de la servidumbre, habrá que atender a las particularidades del caso concreto, ponderando los intereses y derechos en juego, de manera que se impacte lo menor posible económica y funcionalmente respecto del predio sirviente, y además se evite un menoscabo tal que deje inservible el derecho de propiedad. De forma que, en ningún caso, la servidumbre pueda suponer un acto de expropiación.⁸² Será necesario por tanto estudiar todas las alternativas posibles, eligiendo la menos gravosa.

El TS ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial: *“la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios, tanto si es para la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, como para tener una mejor habitabilidad y servicio del edificio, cuando así ha sido votado por la Junta de Propietarios, se considera como de interés general, sin que resulte exigible el consentimiento del copropietario afectado. Por tanto, se permite la constitución de una servidumbre, siempre y cuando ésta no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo de la vivienda o local, con la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios”*. (Entre otras, STS nº 732/2011, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011).

7.3. ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL ESPACIO OCUPADO POR LOCAL PARA INSTALACIÓN DE ASCENSOR

El art. 348 CC dispone que *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”*.

La acción reivindicatoria es una alternativa a la constitución de servidumbre, en la medida en que si se acredita la ocupación y apropiación de ese espacio común de la comunidad por parte del dueño de un local, será una acción reivindicatoria lo que proceda.

⁸² ENRICH GUILLÉN, D., “Formularios y Consultas...op.cit.pp.166-169.

Existen dos realidades que pueden acontecer para que se lleve a cabo la instalación de un ascensor; una primera, para el caso de que la zona a ocupar sea privativa de uno de los comuneros, siendo en este caso procedente acudir a los arts. 9, 10 y 17 de LPH (servidumbre como obligación de los copropietarios), y una segunda, para el caso de que dicha superficie sea propiedad de la comunidad, es decir, elemento común, pero se esté poseyendo indebidamente por uno o varios comuneros, siendo que en este caso sería la acción reivindicatoria del art. 348 CC lo que debe interponerse.

En el primer caso, los propietarios afectados por tal gravamen como es la servidumbre, tendrán derecho a una indemnización que suele determinarse a través de un informe pericial valorando la superficie y todos los daños y perjuicios sufridos. Mientras que en el segundo caso, no hay derecho a indemnización alguna puesto que se trata de la ocupación de un espacio que no pertenecía a sus poseedores y por ende debe ser devuelto a su dueño, en este caso, a la comunidad de propietarios.

En la SAP de Guipúzcoa de 18 de marzo de 2016⁸³ se recurrió la sentencia de instancia que declaraba el derecho de la comunidad a constituir un derecho real de servidumbre en favor de su finca a los efectos de instalar un ascensor estableciendo una indemnización a favor de los propietarios de los dos locales perjudicados. Se solicitaba por la actora en primer lugar que se declarara que el hueco a ocupar le pertenecía como elemento común a la comunidad de propietarios reivindicando dicha propiedad, y *subsidiariamente* y para el caso de que se reconociera propiedad de los propietarios de los locales, se reconociera el derecho de la comunidad de constituir una servidumbre. (En el mismo sentido STS de 10 de marzo de 2016⁸⁴).

8. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE

8.1. ALTERACIÓN DEL REGISTRO

Las servidumbres tienen reconocido el acceso al Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2 de la LH, siendo necesaria la escritura pública para su inscripción (ex art. 3 LH). Por su lado, el art. 13 LH establece

⁸³ Sentencia núm.80/2016, recurso de Apelación núm.3102/2016, Westlaw, AC 2016/1094.

⁸⁴ Sentencia núm.148/2016, recurso de Casación nº268/2014, ROJ STS 979/2016, CENDOJ.

que para surtir efectos frente a terceros debe constar su inscripción, además las servidumbres reales pueden también constar en el predio dominante, como cualidad del mismo. La Ley permite su indicación como *qualitas fundi* del predio dominante en la hoja registral del mismo, siendo hipotecariamente perfecta la situación de la servidumbre consignada en ambas; pero la sola indicación del derecho en el asiento inmatriculador del predio dominante no da fe de su existencia ni protege por ende la titularidad del adquirente frente a propietarios de fincas gravadas con la servidumbre descrita en aquél o a sus sucesivos adquirentes (STS de 26 de febrero de 1942 y RDGRN de 7 de julio 1954).⁸⁵

Son títulos inscribibles las escrituras públicas de constitución o reconocimiento de la servidumbre y las resoluciones judiciales o administrativas.⁸⁶

La inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad no es obligatoria, no obstante es conveniente puesto que como señala el art. 5 de la LPH lo no inscrito no perjudica a terceros. Por lo que en el caso de que el propietario del predio sirviente transmita su propiedad a terceros, éstos pueden encontrarse con una servidumbre que no aparece citada en las escrituras ni el en título, pudiendo el adquirente rechazar la adquisición, salvo en el caso de que dicha servidumbre lleve constituida más de 20 años, caso en el que se entiende que es continua y aparente conforme al artículo 539 CC, por lo que ya se habría consolidado.⁸⁷ No obstante, una buena diligencia es el realizar la inscripción y así evitar futuros problemas y obtener seguridad jurídica.

Por otro lado, se entiende que con en el acuerdo de la junta y el consentimiento del propio afectado es suficiente para que el notario y registrador no pongan dificultad alguna en la inscripción de la servidumbre, siempre partiendo de la base de que debe existir escritura pública con la comparecencia del presidente de la comunidad, debidamente autorizado por la junta de condueños, y el titular del piso o local afectado para que la servidumbre se constituya. En el caso de que las partes hayan necesitado del

⁸⁵ DÍAZ FUENTES, A., "Las servidumbres en el Registro de la propiedad" en *Servidumbres, Serventías y Relaciones de Vecindad*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2004, p. 424.

⁸⁶ DÍAZ FUENTES, A., "Las servidumbres...op.cit.p.430.

⁸⁷ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

auxilio judicial, el propio fallo de la sentencia permitirá la inscripción cuando en el mismo, el juez, haya declarado la constitución de la servidumbre.⁸⁸

8.2. ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN

La LPH establece los supuestos en los que la cuota de participación puede ser modificada. Entre ellos, el art. 10.3 LPH establece que la disminución de las viviendas o locales por segregación de alguna parte puede suponer el reajuste de la cuota del inmueble afectado.

Este supuesto, se entiende, que puede ser aplicado por analogía al caso que nos ocupa, donde una parte del inmueble deja de pertenecer al mismo para pertenecer a la comunidad, sufriendo una reducción. Si bien nos reiteramos en señalar que aunque en la práctica ocurre así, que la servidumbre al final afecta a un espacio que deviene común, la figura de la servidumbre como tal no implica esa cesión de metros. Entendemos que puede ser aplicable, en el caso de que la servidumbre se indemnice mediante una cantidad, ya que en el caso de indemnizarle mediante los mismos metros cuadrados que se han afectado, entendemos que no sería posible la modificación de la cuota de participación, sino que seguiría siendo la misma al no existir modificación en cuanto a las dimensiones del inmueble.

9. CONCLUSIONES

La LPH es una ley que ha ido mejorando su redacción conforme a las exigencias sociales, realizando una gran labor social en este ámbito y de equiparación de derechos entre todos los ciudadanos. Su última modificación por la Ley 8/2013, de 26 de junio, ha dado la vigente redacción al art. 10.1.b LPH, haciendo posible la obligatoriedad de las obras de supresión de barreras arquitectónica siempre que se cumplan los parámetros económicos establecidos.

Estamos a favor de la supresión de barreras arquitectónicas, entendiendo que todos los edificios de obra nueva deberían diseñar sus instalaciones de manera que se pueda acceder universalmente, siendo que

⁸⁸ <http://www.administradordefincasgijon.com/es/noticias-detalle/las-servidumbres-en-la-ley-de-propiedad-horizontal/>, visitado el 01/12/2016.

reflejen ya en sus proyectos los ascensores, las rampas, y todo lo necesario para que las personas con dificultades puedan moverse en las mismas condiciones que los demás. Asimismo se deberían tomar medidas más firmes para que en edificios antiguos se lleven a cabo dichas obras contando con la ayuda de las Administraciones Públicas, ya que muchas personas no tienen medios para cambiarse de su domicilio a otro que disponga de estos servicios, o no tienen capacidad económica para hacer frente solos a semejante obra (ley 15/1995), cuando se excede de los parámetros que establece dichas obras como obligatorias (art.10.1.b LPH) o los vecinos son insolidarios votando en contra de tal acuerdo (art.17 LPH).

Si bien, uno de los inconvenientes de la reforma a la LPH se basa en la innecesariedad de la junta en algunos de los asuntos más importantes de la comunidad como son las obras del art. 10.1 LPH. En este sentido estamos de acuerdo con la opinión de CARRERAS MARAÑA y LOSCERTALES FUERTES en el sentido de que es la junta el órgano soberano de la comunidad, siendo que las actuaciones que no pasan por su filtro presentan importantes problemas operativos en su ejecución.

Aunque se trata de una Ley que se esfuerza en conseguir sus objetivos y habiendo conseguido muchos de ellos, sin embargo hoy en día podemos decir que es una ley incompleta, que no trata todos los problemas en relación con el supuesto planteado en el presente trabajo (servidumbre), siendo que la doctrina jurisprudencial ha ido solventando las diferentes carencias que presenta la Ley. No se regula la indemnización, ni los límites, simplemente se centra en determinar las mayorías o la obligatoriedad, en los casos que corresponde, de la instalación de tal servicio, y en establecer la posibilidad de constituir la servidumbre en sí. En este sentido la jurisprudencia y la doctrina están haciendo una gran labor de interpretación, fijando los criterios a seguir para indemnizar al comunero perjudicado, los límites a respetar para poder constituir la servidumbre, la posibilidad de exoneración de los bajos y locales, etc.

Quizá la mejor solución en este aspecto, o lo que parece necesario es una ley que se centre en el problema de la constitución de servidumbre para

instalación de ascensor, regulando todas las posibles situaciones, debido a la gran importancia y actualidad del problema y para simplificar todos los trámites quedando regulado todo en un texto legal. Si bien, entendemos que no pueden redactarse leyes para cada problema, por lo que creemos que es el Tribunal Supremo quien debe pronunciarse sobre cuestiones fundamentales que se plantean en relación con este tema, tal y como la cláusula de exoneración de los locales.

Es innegable que la instalación de un servicio como es el ascensor es hoy en día absolutamente necesario en todas las comunidades de propietarios, sin embargo en la realidad menos de la mitad de las comunidades disponen de este servicio. Para que los mecanismos legales puedan accionarse por los propietarios, es necesario que se cumplan una serie de presupuestos:

- Debemos encontrarnos ante una comunidad de propietarios.
- Deben existir en los elementos comunes barreras arquitectónicas.
- La existencia de personas en el inmueble con discapacidad, movilidad reducida o mayores de setenta años facilita el quórum necesario a tal fin.

Actualmente existen tres formas de conseguir la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios:

- Conforme al art. 10.1.b LPH tratándose de una obra obligatoria al no superar los parámetros económicos exigidos (doce mensualidades ordinarias de gastos comunes). Lo puede solicitar el propietario y será sufragado por todos los vecinos. También podrá pagar el solicitante el exceso de esas doce mensualidades.
- Conforme al art. 17 LPH en el caso de traspasarse los parámetros económicos del apartado anterior, siendo necesario en este caso el voto de la mayoría de los propietarios que a su vez representen la mayoría de las cuotas de participación. Como hemos indicado se entiende que se trata de una mayoría simple. Lo puede solicitar únicamente el propietario y será sufragado por todos los vecinos, pues así lo acordaron.

- Conforme a la ley 15/1995, en este supuesto residual lo puede solicitar el propietario, arrendatario, subarrendatario, usufructuario o usuario, sin embargo aquí es el solicitante quien deberá sufragar el total del importe.

En cuanto a la mayoría exigida por el art. 17 LPH, entendemos que se trata de mayoría simple, ya que en caso contrario nuestro legislador no lo habría modificado y se expresaría concretamente el termino de mayoría de tres quintos o lo que fuera, sin dejar lugar a dudas. Asimismo, con esta opinión se entiende que se cumple la voluntad de legislador cual es el agilizar la instalación del ascensor y en general la supresión de barreras arquitectónicas.

Se entiende que debe prevalecer el derecho de accesibilidad universal frente al de propiedad, en el sentido de que deben primar las personas, debiendo ser solidarios y ayudar en lo posible a los demás, dejando a un lado lo que puede ser un interés material sobre un espacio en un inmueble. El art. 9.1.c LPH establece la obligación de los propietarios de soportar en su vivienda las servidumbres necesarias, siendo que tiene derecho a una indemnización que puede ser en dinero, en metros en una zona que antes era común o lo que pacten las partes, puesto que en este sentido cabe la autonomía de la voluntad. La indemnización entendemos que debe ser ajustada a la realidad de los perjuicios, de manera que la persona afectada quede indemne, evitando cuantías irrisorias en el caso de que se indemnice con una cantidad de dinero o que sea los mismos metros utilizados para instalar el servicio en caso de ser esta indemnización la acordada, siendo que, como venimos señalando, es perfectamente admisible la autonomía de la voluntad en este aspecto.

Entendemos que en el caso de los locales que no tienen acceso por el portal, y que nunca utilizaran dicho servicio, no deberían hacer frente a las obras que una vez finalizada la instalación del ascensor sean necesarias. Siendo que la obra de instalación si la deben costear, puesto que su local también se beneficia de las instalaciones del edificio como plusvalía, pero las de mantenimiento no debido a su no utilización. Estamos de acuerdo con la posibilidad de eximir a los locales de dichos pagos así como a las plantas bajas que no utilizan el ascensor, ya sea mediante clausula estatutaria como mediante acuerdo de la junta.

Se entiende que es conveniente que una vez instalado el ascensor y por tanto constituida la servidumbre, debe procederse a su escrituración pública e inscripción en el Registro de la Propiedad para obtener así seguridad jurídica sobre todo frente a terceros. Es posible que la servidumbre figure tanto en la inscripción del predio sirviente como en el dominante.

Asimismo creemos que en el caso de servidumbre de instalación de ascensor la cuota de participación debe ser modificada o reajustada conforme a la realidad presente del inmueble en cuestión. Desde esta humilde opinión se entiende que podría aplicarse analógicamente el art. 10.3 LPH en el caso de que la indemnización se realice mediante una cantidad dineraria, no en el caso de indemnización por metros, que aunque en la figura de la servidumbre como tal no exista esa pérdida de dimensiones, en la realidad práctica de las comunidades de propietarios por instalación de servicios como el ascensor si ocurre así, perdiendo el propietario afectado parte de su inmueble por el referido motivo y no siendo ya propietario de las dimensiones originarias. En el caso de la indemnización por metros, entendemos que no se podría aplicar este precepto debido a que las dimensiones con las que cuenta el afectado son las mismas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDÚJAR HURTADO, J. A., “Consideraciones Generales” en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012.

CARRERAS MARAÑA, J.M., *Planteamiento. Reformas y derogaciones. Un nuevo contexto de la propiedad horizontal. Actuaciones sobre el medio urbano (rehabilitación, regeneración y renovación)*, Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/17993, noviembre de 2013.

DÍAZ FUENTES, A., “Las servidumbres en el Registro de la propiedad” en *Servidumbres, Serventías y Relaciones de Vecindad*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2004.

DÍAZ FUENTES, A., “Los principios de la institución” en *Servidumbres, Serventías y Relaciones de Vecindad*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2004.

DÍAZ MÉNDEZ, N. “Elementos comunes de uso privativo” en *Cuadernos de Derecho Judicial, Propiedad Horizontal*, VV.AA., 1ª edición, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994.

DÍAZ MÉNDEZ, N. “Los gastos comunes. Contribución a su sostenimiento” en *Cuadernos de Derecho Judicial, Propiedad Horizontal*, VV.AA., 1ª edición, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. “La propiedad horizontal”, en *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. “La propiedad horizontal” en *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tomo I, Derechos reales en general. Posesión. Propiedad. El registro de la Propiedad, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.

DONAIRE IBÁÑEZ, A., *Preguntas y Respuestas sobre Propiedad Horizontal*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2002.

DORREGO DE CARLOS, A., ÁLVAREZ ROSAS, B., “El régimen jurídico de la Propiedad Horizontal” en *Todo sobre la Nueva Ley de Propiedad Horizontal*, 1ª edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.

ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M., “Régimen de Obras” en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012.

ENRICH GUILLÉN, D., “Formularios y Consultas” en *Límites al uso y disfrute de los bienes inmuebles, Conflictos en comunidades de propietarios, relaciones de vecindad y servidumbres*, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2011.

ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., MORILLO GONZÁLEZ, F., “Derechos y obligaciones de los propietarios” en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Horizontal 2012-2013*, VV.AA, Madrid, 2012.

IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R., (Magistrado de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias), EDITORIAL JURIDICA SEPIN, julio de 2008.

LOSCERTALES FUERTES, D., “Las servidumbres en la Ley de Propiedad Horizontal”, SP/DOCT/19828, EDITORIAL JURIDICA SEPIN, 2016.

LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal, Comunidades y Urbanizaciones*, Tomo II legislación y formularios, 4ª edición, Sepin, octubre, 2000.

MEDINA DE LEMUS, M., “La Propiedad Horizontal I” en *Derecho Civil de Bienes, Derechos Reales e Inmobiliario Registral*, Tomo I Bienes, Posesión y Propiedades, 1ª edición, Dykinson, Madrid, 2003.

MORILLO GONZÁLEZ, F. ECHEVERRÍA SUMMERS, F. *Manual Práctico de Propiedad Horizontal*, 1ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

PASTOR ÁLVAREZ, M. C., *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., en *Comentario del Código Civil*, Tomo III, arts. 333-608, VV.AA., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (COORD.), 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2000.

WEBGRAFÍA

- Antonio Corbalán Pinar, arquitecto.
<http://www.accesibilidadglobal.com/2010/07/la-definicion-de-una-barrera.html> visitado el 04/11/16.
- Diego Fierro Rodríguez,
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4831-similitudes-y-diferencias-entre-la-comunidad-de-bienes-y-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 28/11/2016.
- <http://blog.suadministradordefincas.es/2013/05/21/la-instalacion-del-ascensor-en-un-edificio/>, visitado el 05/11/16.
- <http://comunidadhorizontal.com/comunidad-de-propietarios/propiedad-horizontal/propiedad-horizontal-definicion.php> , visitado el 28/11/2016
- http://www.construmatica.com/construpedia/Barreras_Arquitect%C3%B3nicas visitado el 04/11/16.
- Joaquim Martí Martí, Abogado, <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-las-servidumbres-derivadas-de-la-propiedad-horizontal/>, visitado el 02/11/16.
- María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada, <http://blog.sepin.es/2016/02/instalacion-ascensor-comunidades-de-propietarios/>, visitado el 17/11/16.
- María José Polo Portilla, Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada <http://blog.sepin.es/2016/04/locales-en-comunidades-de-propietarios/> , visitado el 17/11/16.
- http://www.accionlegal.net/comunidad_de_bienes.html, visitado el 29/11/2016.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 10 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.148/2016, recurso de Casación núm.268/2014, Westlaw, RJ 2016/953.

STS de 17 de octubre de 2013, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.637/2013, recurso de Casación núm. 1514/2011, Westlaw, RJ 2013/6976.

STS de 13 de noviembre de 2012, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.691/2012 , recurso de Casación núm.173/2010, Westlaw, RJ 2012/11060.

STS de 8 de noviembre de 2011, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.773/2011, recurso de Casación núm.2207/2008, Westlaw, RJ 2012/1370.

STS de 10 de octubre de 2011, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.732/2011, recurso de Casación núm.2240/2008, Westlaw, RJ 2011/7410.

STS de 22 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm. 844/2010, recurso de Casación núm.1574/2006, Westlaw, RJ 2011/17.

STS de 13 de septiembre de 2010, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia sin número, recurso de Casación núm.2029/2006, Westlaw, RJ 2010/6967.

STS de 18 de noviembre de 2009, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.720/2009, recurso de Casación núm.956/2005, Westlaw, RJ 2010/109.

STS de 18 de diciembre de 2008, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.1151/2008, recurso de Casación núm.2469/2003, Westlaw, RJ 2009/158.

STS de 18 de diciembre de 2008, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.1181/2008, recurso de Casación núm.880/2004, Westlaw, RJ 2009/157.

STS de 28 de octubre de 2005, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.831/2005, recurso de Casación, Westlaw, RJ 2005/7615.

STS de 7 de octubre de 1999, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm. 828/1999, recurso de Casación núm.644/1995, Westlaw RJ 1999/7319.

STS de 21 de octubre de 1999, Sala de lo Civil, sección 1ª, Sentencia núm.858/1999, recurso de Casación núm.1935/1996, Westlaw, RJ 1999/7395.

SENTENCIAS DE AUDIENCIA PROVINCIALES

SAP Guipúzcoa de 18 de marzo de 2016, sección 3ª, Sentencia núm.80/2016, recurso de Apelación núm.3102/2016, Westlaw AC 2016/1094.

SAP Burgos de 31 de julio de 2013, sección 3ª, Sentencia núm.210/2013, recurso de Apelación núm.404/2012, Westlaw, JUR 2013/295805.

SAP Navarra de 18 de febrero de 2013, sección 1ª, Sentencia núm.34/2013, recurso de Apelación núm.5/2013, Westlaw, JUR 2013/300430.

SAP Vizcaya de 30 de marzo de 2005, sección 3ª, Sentencia núm.227/2005, recurso de Apelación núm.274/2004, Westlaw, JUR 2005/201054.

SAP Zaragoza de 18 de marzo de 2002, sección 5ª, Sentencia núm.174/2002, recurso de Apelación núm. 536/2001, Westlaw, JUR 2002/119149.

SAP Valladolid de 24 de noviembre de 1998, sección 3ª, Sentencia núm.384/1999, recurso de Apelación 388/1998, Westlaw, AC 1998/8635.

NORMATIVA CONSULTADA

- Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Constitución española, 29 de diciembre de 1978.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/1995, de 30 de mayo sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 3/1996, de 24 de septiembre, sobre accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación. (CA de Cantabria).
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. (con sus respectivas modificaciones y leyes de reforma).
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Real Decreto Legislativo 1314/1997, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo, y del Consejo, sobre ascensores.
- Real Decreto Legislativo 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- Real Decreto Legislativo 2291/1985, por el que se aprueba el Reglamento de aparatos de elevación y manutención.
- Real Decreto Legislativo 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
- Real Decreto Legislativo 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación

de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.