

Doble Grau en Dret i Administració i Direcció d'Empreses
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2017-2018

**EL USO Y DISFRUTE DE LOS ELEMENTOS
COMUNES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL**
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFENSA DE LOS
ELEMENTOS COMUNES, DE LAS ALTERACIONES
SOBREVENIDAS Y DE LOS PROBLEMAS DE LA
PRESCRIPCIÓN POR RAZÓN DEL USO CONTINUADO

Raquel Marí Costa
163855

Tutor del treball:
Josep Sandiumenge Farré



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, *Raquel Marí Costa*, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Raquel Marí Costa
Barcelona, 1 de juny de 2018

RESUMEN

Gran parte de las personas de Cataluña y, en general, del Estado español son propietarias de viviendas o locales que forman parte de fincas sujetas al régimen de propiedad horizontal. Una de las cuestiones más controvertidas es el uso y disfrute de los elementos comunes en la propiedad horizontal.

El presente trabajo analizará, especialmente de manera jurisprudencial, qué se puede y qué no hacer en estos elementos. Como todos los propietarios de los elementos privativos son a su vez copropietarios de los comunes, gozarán de un derecho de uso respecto de estos últimos. Sin embargo, rige la prohibición de alteración de elementos comunes, así que se deberá delimitar cuál es la frontera entre el uso y la alteración.

Ante la alteración incontestada, la Comunidad de Propietarios puede emprender distintas acciones legales. La acción más importante es la de restitución del elemento alterado a su estado originario. La existencia o no de consentimiento suele ser un aspecto controvertido. Además, pese a la existencia de alteración incontestada de elementos comunes, hay una serie de circunstancias que harán que no prospere la acción. Finalmente, el elemento podría perder su naturaleza, ya que cabe la adquisición por usucapión de elementos comunes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. ELEMENTOS PRIVATIVOS Y ELEMENTOS COMUNES	3
1.1. Elementos privativos	3
1.2. Elementos comunes	4
1.2.1. <i>Distinción entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino</i>	5
1.2.2. <i>Elementos comunes de uso exclusivo</i>	6
2. ALTERACIÓN, USO Y DISFRUTE DE ELEMENTOS COMUNES.....	9
2.1. Fachadas y balcones	10
2.2. Terrazas y patios	12
2.3. Elementos estructurales: pilares, vigas y muros de carga	14
2.4. Puertas y ventanas	15
2.5. Servicios, instalaciones y canalizaciones comunes	17
2.6. Aparatos de aire acondicionado.....	20
2.8. Otros	22
2.8.1. <i>Entreplantas y altillos</i>	22
2.8.2. <i>Placas profesionales y rótulos comerciales</i>	22
2.8.3. <i>Macetas y plantas</i>	23
2.8.4. <i>Uso del portal</i>	23
2.8.5. <i>Pasillo de acceso</i>	23
2.8.6. <i>Escaleras y montacargas</i>	24
3. DEFENSA DE LOS ELEMENTOS COMUNES.....	25
3.1. El consentimiento	26
3.2. Abuso en el ejercicio del derecho de oposición a alteraciones.....	30
3.3. Usucapión de elementos comunes	32
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	41
LEGISLACIÓN CONSULTADA	42
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	42

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de analizar y sintetizar el alcance del derecho de uso y disfrute de los elementos comunes en la propiedad horizontal, teniendo en consideración también las afectaciones a dichos elementos. Por lo tanto, se pretende ver cómo se materializa a la práctica la copropiedad de los elementos comunes. Para ello, se deberán distinguir las actuaciones que implican alteraciones en elementos comunes incontinentidas de aquellas permitidas por encuadrarse dentro del derecho de uso de estos elementos.

El tema escogido tiene una gran relevancia práctica, aunque se presentarán algunas cuestiones teóricas controvertidas. La gran mayoría de personas en Cataluña son propietarias, arrendatarias o usuarias de viviendas o locales afectos al régimen de propiedad horizontal, entre las cuales me debo incluir, así que no puede negarse la conexión de este trabajo con la realidad. Un dato que demuestra su importancia es el hecho que hace un par de años España era el país de la Unión Europea donde más personas vivían en pisos, en concreto, el 66,5%, según datos publicados en el año 2016 por la Oficina Europea de Estadística (Eurostat). El gran volumen de personas viviendo bajo este régimen explica el gran número de controversias que se plantean ante los tribunales, los cuales resuelven a diario alguna de ellas.

Este trabajo se centra en el estudio del Derecho aplicable en Cataluña, aunque se hacen múltiples referencias al Derecho civil común porque la normativa del régimen de propiedad horizontal es muy similar en uno y otro caso, salvo algunas particularidades.

En términos generales, el régimen jurídico de la Propiedad Horizontal aplicable en Cataluña es el recogido en el capítulo tercero, título quinto del libro quinto del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que entró en vigor el 1 de julio de 2006, es decir, en los artículos 553-1 y siguientes. Se debe complementar lo dispuesto en el Código Civil catalán con otra normativa en algunos aspectos, por ejemplo, hipotecarios, fiscales o procesales. Sin embargo, el presente trabajo se centra en lo establecido en el Código Civil de Cataluña.

En el ámbito estatal, del Derecho civil común, se parte del artículo 396 del Código Civil estatal redactado por la Disposición adicional de la Ley 8/1999, de 6 de abril. Debido a la relevancia y especialidad de la propiedad horizontal se promulgó la Ley 14/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que sería la normativa principal al respecto como pasa con el Código Civil catalán en Cataluña. La legislación estatal sobre propiedad horizontal es

aplicable respecto a todas aquellas materias que son de competencia estatal y que inciden en dicha institución, como son las cuestiones que se refieren a la legislación hipotecaria y registral o la legislación procesal, entre otras.

Junto con la legislación, se ha consultado jurisprudencia y doctrina, en especial, manuales y artículos de revista que comentaban la normativa aplicable relacionándola con la jurisprudencia. La entrada en vigor del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña fue el 1 de julio de 2006 y, por este motivo, se ha decidido consultar la jurisprudencia, a partir de ese momento, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona. Es cierto que en la búsqueda sólo se han tenido en consideración las resoluciones emitidas a partir de la entrada en vigor de la norma, lo que supone que alguna sentencia resuelva aplicando la legislación anterior porque se utiliza para determinar la norma aplicable aquella que es vigente en el momento de presentación de la demanda, no de resolución de la cuestión.

También se han consultado las sentencias más importantes del Tribunal Supremo en materia de propiedad horizontal, con independencia de cuándo se dictaron, sólo teniendo en consideración aquellas cuestiones que se regulan de manera similar en ambos regímenes.

Antes de empezar a analizar el alcance del aprovechamiento de elementos comunes por parte de los propietarios de elementos privativos, se debe distinguir qué es un elemento común y qué es un elemento privativo. Junto con la definición de ambos conceptos se explicará un poco lo que supone en dicho elemento tener esa naturaleza, por ejemplo, el alcance del uso y disfrute, o quién asumirá sus costes. Estos puntos se han enfocado de una manera teórica.

Una vez se hayan distinguido bien ambos tipos de elementos, se hará un análisis basado en casos sobre la admisibilidad o no de ese uso u obra, diferenciando según el elemento al que afecte o se pretenda su instalación. Esta parte central es muy práctica con el fin de delimitar la frontera de lo permitido respecto de lo ilícito.

Después, ante la alteración de elementos comunes por parte de un propietario, la Comunidad de Propietarios puede emprender una serie de acciones que serán objeto de estudio junto con su prosperabilidad. Con este fin, se deben prever las posibles alegaciones que harían los propietarios demandados. Para acabar es necesario plantearse si la prescripción adquisitiva de un elemento común procedería en algún caso y, en caso afirmativo, en cuáles. Este último bloque combina una parte de una gran relevancia teórica con su aplicación práctica.

1. ELEMENTOS PRIVATIVOS Y ELEMENTOS COMUNES

La existencia de elementos privativos y comunes es lo que caracteriza al régimen de propiedad horizontal que implica para los propietarios según el artículo 553-1 del Código Civil de Cataluña *"el derecho de propiedad en exclusiva sobre los elementos privativos y en comunidad con los demás propietarios sobre los elementos comunes"*. El carácter de propiedad exclusiva de los elementos privativos y la copropiedad de los elementos comunes también se indica en un primer momento en el artículo 396 del Código Civil y posteriormente en el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En Cataluña, la regulación sobre el derecho de propiedad y el derecho de uso y disfrute de los elementos privativos se establece en los artículos 553-33 a 553-40 del Código Civil de Cataluña. En cuanto a los elementos comunes, estas mismas cuestiones se rigen por lo dispuesto en los artículos 553-41 a 553-45.

1.1. Elementos privativos

De acuerdo con el artículo 553-33 del Código Civil de Cataluña, *"solo pueden configurarse como elementos privativos de un inmueble las viviendas, los locales y los espacios físicos que pueden ser objeto de propiedad separada y que tienen independencia funcional porque disponen de acceso directo o indirecto a la vía pública"*.¹

Los elementos privativos son espacios físicos, así que necesariamente no tienen por qué ser viviendas o locales. Plazas de aparcamiento o trasteros podrían ser perfectamente un elemento privativo, en tanto en cuanto sean de propiedad separada de acuerdo con el título constitutivo y gocen de independencia funcional. En realidad, cualquier espacio físico que no sea un elemento común por naturaleza sería susceptible de ser o convertirse en un elemento privativo.²

Cabe destacar el artículo 553-36 del Código Civil de Cataluña que indica el régimen aplicable al uso y disfrute de los elementos privativos. Los propietarios no pueden realizar en sus propios elementos privativos todo tipo de obras sin restricción alguna sino que deberán ser comunicadas a la comunidad de propietarios y, en caso de alteración de elementos comunes,

¹ La regulación estatal de qué se entiende por elemento privativo está en el artículo 396 del Código Civil y en el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

² Fuentes-Lojo Lastres, A.; y Fuentes-Lojo Rius, A. (2015). *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña. Comentarios, problemática y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch. Pág. 283.

será necesario el acuerdo de la junta de propietarios³. Por su parte, el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que el propietario de cada piso o local tendrá la facultad de modificarlo sin menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni tampoco perjudicar los derechos de otros propietarios. Además, añade que "*en el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna*" y, dentro del resto del inmueble, se incluyen los elementos comunes. En caso de requerir una reparación urgente, hay la obligación de comunicarlo de manera inmediata al administrador.⁴

1.2. Elementos comunes

La definición de los elementos comunes se encuentra en el artículo 553-41 del Código Civil de Cataluña: "*Son elementos comunes el solar, los jardines, las piscinas, las estructuras, las fachadas, las cubiertas, los vestíbulos, las escaleras y los ascensores, las antenas y, en general, las instalaciones y los servicios de los elementos privativos que se destinan al uso comunitario o a facilitar el uso y disfrute de dichos elementos privativos*".⁵

La cita de elementos comunes hecha por el Código Civil de Cataluña⁶ es simplemente enunciativa, es decir, hay elementos que no se contemplan en este listado que podrían serlo y, al mismo tiempo, no siempre se considerarán elementos comunes sino que se deberá atender a lo dispuesto en el título constitutivo.

Ya en la STS de 10.2.1992⁷, el Tribunal Supremo se pronunció sobre el artículo 396 del Código Civil: *«si bien la descripción, no de «numerus clausus», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «ius cogens», sino de «ius dispositivum» [Sentencias de esta Sala de 23-5-1984 (RJ 1984\2544), 17-6-1988 (RJ 1988\5115), entre otras], lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a*

³ La Ley de Propiedad Horizontal impuso que era necesario el acuerdo unánime por parte de la comunidad de propietarios, sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido flexibilizando esta mayoría para el caso de los locales de negocio. El Código Civil de Cataluña no ha sido tan rígido al respecto de las mayorías exigibles para la adopción de determinados acuerdos, optando por una concepción similar a la del Tribunal Supremo.

⁴ La STS, 1^a, 2.2.2016 (RJ 2016\499), declara como doctrina jurisprudencial que *«sólo procederá el reembolso por la Comunidad de Propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando se haya requerido previamente al Secretario-Administrador o al Presidente advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de aquéllas. En el caso de no mediar dicho requerimiento, la Comunidad quedará exonerada de la obligación de abonar el importe correspondiente a dicha ejecución. No quedará exonerada si la Comunidad muestra pasividad en las obras o reparaciones necesarias y urgentes»*.

⁵ En el ámbito estatal, consultar el artículo 396 del Código Civil y el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal al respecto.

⁶ Lo mismo ocurre a nivel estatal con el artículo 396 del Código Civil.

⁷ RJ 1992\1199.

del art. 16 de la Ley de 21-7-1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. [Sentencias 31 enero y 15 marzo 1985 (RJ 1985\1211 y RJ 1985\1168), 27-2-1987 (RJ 1987\1001), 5 junio y 18 julio 1989 (RJ 1989\4297 y RJ 1989\5720), entre otras], mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada» (FD 3º).

Son elementos privativos los que se configuran como tal en los estatutos y, por lo tanto, todos aquellos elementos que no son privativos son comunes. Discernir el carácter privativo o común de un elemento de propiedad horizontal ha sido objeto de debate por parte de la doctrina y jurisprudencia. Lo más importante a la hora de identificar un elemento común es o bien detectar el carácter instrumental de los elementos comunes respecto de la propiedad individual o bien su carácter residual (o dicho de otra manera, es elemento común aquél elemento que no es privativo⁸).⁹

1.2.1. Distinción entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino¹⁰

Los elementos comunes por naturaleza son aquellos que por su propia función resultan indispensables para el disfrute conjunto del edificio y, en consecuencia, deben ser titulares todos los propietarios de los elementos privativos. Esto implica que no sea posible su desafectación, siempre serán elementos comunes al servicio de toda la comunidad. Entre ellos, encontramos la estructura arquitectónica del edificio (cimientos, muros o paredes maestras), la delimitación exterior del edificio (fachadas), o el acceso a las propiedades privativas (portal, escaleras o ascensores).

Por su parte, los elementos comunes por destino son aquellos que podrían ser elementos privativos pero no se configuraron como tal en el título constitutivo, de modo que son elementos comunes. Algunos ejemplos serían los garajes, los jardines o la vivienda del

⁸ Resolución DGRN, 5.10.2000 (RJ 1999\8453): «La misma constitución del régimen de propiedad horizontal implica que serán elementos comunes aquellos que no sean privativos».

⁹ STSJ Cataluña, 1ª, 20.7.2015 (RJ 2015\4630), FJ 4º: «El artículo 553-41 CCCat define los elementos comunes tanto en forma ejemplificativa, como mediante una cláusula residual».

¹⁰ Esta distinción es relevante para el apartado **3.3. Usucapión de elementos comunes**.

portero. A diferencia de los elementos comunes por naturaleza, pueden ser objeto de desafectación, convertirse en elementos privativos, en caso de consentimiento unánime de todos los propietarios.¹¹

Aunque los elementos comunes por naturaleza nunca podrán convertirse en privativos, su uso (no titularidad) se podría atribuir a unos propietarios concretos. Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 20.7.2015¹²: «*Los elementos comunes por naturaleza son inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los elementos privativos, los segundos se adscriben al servicio de todos o de algunos de los elementos privativos por establecerlo así en el título de constitución pero puede variarse su condición jurídica al no ser esenciales para el adecuado aprovechamiento de los elementos privativos. Los elementos comunes por destino, mientras no sean desafectados tienen el mismo régimen jurídico que los elementos comunes por naturaleza. Y, como hemos visto, tanto respecto de los elementos comunes por destino como por naturaleza puede establecerse en el título un uso privativo en favor de uno o de varios departamentos.*» (FJ 5°).

1.2.2. Elementos comunes de uso exclusivo

En el artículo 553-43 del Código Civil de Cataluña se establece el régimen de los elementos comunes de uso exclusivo. Como su nombre indica son elementos comunes cuyo uso es atribuido a uno o varios de los propietarios de elementos privativos, ya sea en el propio título de constitución o mediante acuerdo unánime de la Junta de Propietarios.

Incluso sería posible que nada de esto se llevara a cabo, pero igualmente se tuviera el uso exclusivo de un elemento común. Un ejemplo sería el de los patios de luces que son elementos comunes por naturaleza y el propietario de los bajos tiene el uso exclusivo por la propia configuración física, ya que sólo se tiene acceso por su vivienda o local. Lo mismo ocurre en el supuesto de las terrazas de los áticos que son elementos comunes por naturaleza por ser cubiertas del edificio, pero sólo el propietario del ático tiene acceso a través de su

¹¹ Echeverría Summers, F.; y Morillo González, F. (2009). *Manual Práctico de Propiedad Horizontal para Cataluña*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. Págs. 52-55.

¹² RJ 2015\4630.

vivienda¹³. Se suele hacer referencia a estos elementos como "elementos comunes de uso exclusivo por naturaleza"¹⁴.

Al respecto, aunque se haya tolerado durante un tiempo el uso exclusivo de un elemento común por parte de la comunidad, nada obsta que posteriormente la Comunidad mediante unanimidad¹⁵ ejerza su derecho a exigir el cese del uso exclusivo. Esto es lo que ocurre en un caso¹⁶ donde durante 27 años se ha consentido por parte de la comunidad el uso privativo de una terraza que a la vez es cubierta del edificio por parte de uno de los propietarios. Este propietario era el único que tenía la llave de la parte que había construido para impedir el acceso al resto de propietarios. La Sala entiende que la Comunidad puede revocar el consentimiento tácito dado en su momento y, por tanto, este elemento dejará de ser de uso exclusivo.

Se debe destacar que el hecho de ser un elemento común no implica que su uso y disfrute se atribuya a todos los propietarios sino que puede ser atribuido a uno o varios de los propietarios, sin perder su naturaleza de común por este hecho. Al final del presente trabajo, nos preguntaremos si sería posible que el elemento común pierda su naturaleza y pase a ser un elemento privativo como consecuencia de la prescripción adquisitiva.

Los propietarios a los que se les atribuye el uso exclusivo deberán hacerse cargo de sus gastos de conservación y mantenimiento, de modo que están obligados a conservarlos adecuadamente y mantenerlos en buen estado. Esto incluiría limpiar los desagües para evitar inundaciones o sustituir las baldosas rotas.

Por su parte, la Comunidad asumirá los costes de las reparaciones que afecten a todo el inmueble, excepto que se deban a un mal uso o mala conservación del elemento común¹⁷. Dentro de este supuesto, tenemos las obras de impermeabilización de las terrazas, patios y

¹³ SAP Barcelona, 14ª, 23.9.2010 (JUR 2010\374749). Ver SAP Barcelona, 16ª, 1.12.2009 (JUR 2010\76924) relativa a un patio en planta baja al que sólo se tiene acceso a través de una vivienda y, por ello, el propietario está haciendo un uso exclusivo del mismo aunque tal derecho no haya sido reconocido expresamente.

¹⁴ Fuentes-Lojo Rius, A. (2015). Los elementos comunes de uso exclusivo por naturaleza. *Diario La Ley*, núm. 8610.

¹⁵ La oposición de los propietarios que tenían hasta ese momento atribuido el uso exclusivo de ese elemento común no se tendrá en consideración. Por lo tanto, la revocación de la reserva sería válida en caso que la única oposición fuese la de los que hasta ese momento disfrutaban del uso exclusivo del elemento que se quiere recuperar. Esto ocurre en la SAP Lleida, 2ª, 5.3.2010 (JUR 2010\177468) donde la comunidad reclama el cese del uso y disfrute exclusivo de los demandados del patio de luces para poder instalar un ascensor.

¹⁶ SAP Girona, 1ª, 6.2.2014 (JUR 2014\88923).

¹⁷ Las reparaciones corren a cargo del propietario en este caso. Cabe destacar que el mal uso o mala conservación por parte de aquél que tiene atribuido el uso exclusivo del elemento común no se presumirá y, en consecuencia, se deberá probar.

terrados de uso exclusivo. Esto se debe a que evitan las filtraciones a los pisos inferiores por lo que son elementos constructivos, de la estructura del edificio¹⁸. Cuando el cambio de las baldosas de la terraza se debe a un defecto de fábrica o a su inidoneidad para aguantar un clima extremo, como las nevadas de invierno, sería un caso de gasto extraordinario que debe asumir la Comunidad¹⁹. Además, es necesaria la sustitución para evitar que acabe lesionando al hormigón estructural lo que supondría en un futuro filtraciones a los pisos inferiores.

Para acabar añadir que el hecho de tener atribuido el uso de un elemento común no faculta a los titulares de tal derecho a alterarlo o modificarlo sin consentimiento de los demás propietarios, ni usarlo en contra del destino indicado por el título, o el que sea acorde a su naturaleza. La distinción entre alteración y uso es muy controvertida, ya que se debe resolver caso por caso atendiendo a las circunstancias concretas. En definitiva, los propietarios titulares del uso exclusivo deberán realizar y costear las obras de reparación del elemento común, pero tienen prohibido hacer obras de modificación sin el consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

¹⁸ SAP Barcelona, 1ª, 27.11.2017 (JUR 2018\18969) sobre la imputación de gastos de reparación de terraza común de uso exclusivo que ha producido filtraciones en la vivienda inferior por una inadecuada impermeabilización que debe ser reparada.

¹⁹ SAP Lleida, 2ª, 23.1.2014 (JUR 2014\54594).

2. ALTERACIÓN, USO Y DISFRUTE DE ELEMENTOS COMUNES

Tanto en Cataluña como a nivel estatal, los propietarios de elementos privativos están privados de alterar los elementos comunes sin el consentimiento de la comunidad de propietarios. No obstante, cada uno de los propietarios tiene el derecho de uso y disfrute de los elementos comunes por ser cotitulares de éstos.

Legislativamente debemos tener presente el artículo 553-42 del Código Civil de Cataluña relativo al aprovechamiento de elementos comunes: *"El uso y disfrute de los elementos comunes corresponde a todos los propietarios de elementos privativos y debe adaptarse al destino establecido por los estatutos o al que resulte normal y adecuado a su naturaleza, sin perjudicar el interés de la comunidad"*. La Ley estatal no prevé una regulación específica al respecto del uso y aprovechamiento de los elementos comunes.

El uso debe ser conforme al destino previsto en los estatutos y, en caso de no especificarse, ser adecuado a la naturaleza del elemento. En todo caso, no podrá perjudicar los intereses de la comunidad. Además, el uso de los elementos privativos estará limitado por la no alteración de elementos comunes.

En el artículo 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal se establece la obligación de respetar los elementos comunes a todos los propietarios, con independencia de si el elemento común es de uso privativo o común. Esta obligación tiene dos dimensiones, por un lado, el uso adecuado de estos elementos, y, por otro lado, la evitación de un daño en los mismos.²⁰

En cuanto a la obligación de realizar un uso adecuado, está relacionada con la doctrina del abuso del derecho recogida en el artículo 7.2 del Código Civil. Se trata de impedir un uso desproporcionado de los elementos comunes que suponga una molestia para el resto de los propietarios o incluso les imposibilite ejercer su derecho. Por su parte, si se produce un daño en un elemento común, el causante del mismo tendrá la obligación de repararlo.

En definitiva, todo propietario de un elemento privativo por el mero hecho de serlo tiene el derecho de usar y disfrutar de los elementos comunes, sin más limitaciones que aquellas constituidas en el título constitutivo.²¹

²⁰ María de los Ángeles Zurilla Cariñana comentario al artículo 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal en: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). (2014). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. Pág. 280.

²¹ STSJ Cataluña, 1ª, 20.7.2015 (RJ 2015\4630): «En el caso que nos ocupa el jardín y la piscina elementos, comunes por destino, fueron configurados en el título constitutivo de la Comunidad como anexos de cada uno de

La frontera entre las actuaciones que alteran elementos comunes y aquellas que suponen un uso adecuado de elementos comunes ha sido y es ampliamente debatida por los tribunales. Por este motivo, el presente apartado trata el tema mediante el análisis de casos concretos. Las actuaciones a analizar se realizarán en elementos comunes o en elementos privativos mirando si inciden o no en elementos comunes.

2.1. Fachadas y balcones

La fachada es un elemento común por naturaleza y su carácter de elemento común no puede ser discutido y, por lo tanto, cualquier actuación que se considere que altera la fachada deberá ser aprobada por la Comunidad de Propietarios.

En primer lugar, se debe destacar que el concepto de fachada y su tratamiento varía según afecte a viviendas o a locales de negocios que se sitúan en las plantas bajas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo. Al respecto, el TS²² afirmó lo siguiente: *«Aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial.»* (FD 3º). Como consecuencia, se han flexibilizado las mayorías necesarias para consentir ciertas actuaciones de locales comerciales. Concretamente se prescinde del requisito de la unanimidad para la realización de escaparates o la colocación de rótulos, elementos necesarios para el desarrollo de la actividad comercial.

los departamentos que integraban la comunidad hallándose estos formados por locales y por viviendas. No se restringió ni prohibió su uso a ningún departamento. Las cuotas de participación como concreción del conjunto de derechos y deberes o de beneficios y cargas que se derivan del régimen de comunidad se establecieron únicamente en función de la superficie de los diferentes departamentos sin que, en consecuencia, se hiciese una especial contemplación, en cuanto a los locales, de un uso inferior de los elementos comunes en relación con las viviendas. En razón a todo ello parece claro que en esta Comunidad los departamentos locales cuyo destino es inicialmente el de garaje pero que podría ser cualquier otro permitido por las leyes (STSJC 3-6-2011), pueden utilizar todos los elementos comunes de la finca incluidas las zonas ajardinadas y la piscina pues, contrariamente a lo que considera la parte recurrente es la restricción la que debe hallarse recogida en el título, sin que, consecuentemente, una limitación de las facultades dominicales pueda presumirse o interpretarse, como se pretende, de manera extensiva.» (FJ 5º).

²² STS, 1ª, 18.5.2011 (RJ 2011\3978).

La doctrina expuesta no resulta aplicable al caso concreto porque se estaba dando un uso privado al local, no comercial, y, por tanto, no necesitan grandes escaparates exteriores. Para que concurra la "excepción" o flexibilización de la norma general es esencial el ejercicio de una actividad comercial. Por consiguiente, las ventanas abiertas en la fachada interior del local deberán ser restablecidas a su estado anterior.

En cuanto al cierre de balcones, tanto si es un elemento privativo como común, se requiere del consentimiento de la Comunidad de Propietarios como norma general. Esto se debe al hecho de ser una obra que afecta a la configuración externa del edificio. Aquello que se protege en estos casos es la configuración exterior del edificio por el cierre de una superficie abierta. Por ello, cuando estamos ante un cerramiento no permanente como sería, por ejemplo, una cortina de cristal transparente retirable, no sería necesario el acuerdo comunitario. En cambio, instalar una valla de cerramiento de madera de entre dos y tres metros en el terrado supone alterar la fachada de la finca, sin entrar a debatir otras cuestiones como sería la incidencia en la carga que soporta el edificio o la posible degradación de los anclajes²³.

Resulta de especial importancia la distinción entre la parte interior y la exterior de los balcones que serían una continuación de la fachada. Esta delimitación implica que las obras que se realicen en la parte exterior de los balcones es competencia del Comunidad, en cambio, las obras interiores corresponden al propietario e irán a su cargo.

Por afectar a elementos comunes, como fachadas y patios, los tendedores de ropa permanentes deben ser autorizados por la Comunidad de Propietarios. En el mismo sentido encontramos el supuesto de los toldos y pérgolas los cuales alteran la configuración exterior del edificio y, en consecuencia, el hecho que la facilidad para desmontar la instalación no es importante²⁴. Tampoco es posible la colocación en la terraza de un armario de aluminio adosado a la fachada que contiene en su interior una caldera de gas²⁵.

²³ SAP Barcelona, 16ª, 27.3.2014 (JUR 2014\113752).

²⁴ SAP Barcelona, 16ª, 30.6.2009 (JUR 2009\408215).

²⁵ SAP Barcelona, 17ª, 4.10.2017 (JUR 2017\292245).

2.2. Terrazas y patios

En primer lugar, hay que tener presente que una terraza puede ser privativa o común, mientras que la cubierta es siempre un elemento común.

Una de las cuestiones litigiosas más frecuentes es el cierre o cobertura de terrazas. En general, se considera que alteran la configuración física del elemento común y su volumetría y, por ello, no se permite. Al respecto, la STSJ Cataluña, 1ª, 25.4.2013²⁶, confirma el acuerdo comunitario que obligaba a reponer el terrado comunitario a su estado anterior. Una parte del terrado comunitario era de uso exclusivo y fue en esta área donde se realizó el cerramiento mediante la instalación de una estructura metálica y acristalada que comunicaba con su vivienda a través de una escalera. Para ello, tuvo también que abrir un hueco en el forjado del techo de la vivienda. Los actores consiguieron así aumentar la superficie de su vivienda de una manera ilícita. En este caso, tenemos una instalación fija y estable, no accesoria, que supone la alteración de un elemento común, aunque no sea apreciable desde el exterior. Ocurre una alteración de elemento común sin duda cuando se modifica la configuración exterior del edificio²⁷.

Sin embargo, hay una parte minoritaria de la jurisprudencia que sostiene que no se produce alteración alguna cuando el cierre es un mero acristalamiento parcial y la terraza conserva su función, no incorporándose a la superficie cerrada y habitable del piso²⁸. Siguiendo este razonamiento resuelve la AP Barcelona²⁹ sobre el cerramiento acristalado de la pérgola existente en una terraza de uso exclusivo, que era una instalación fácilmente desmontable y movable. Al no afectar a la estética ni a la configuración del edificio o suponer una carga que pudiera resentir la cimentación del edificio, la Sala denegó la petición de la Comunidad de Propietarios de restitución del elemento alterado a su estado anterior.

Cabe comentar una reciente sentencia de la AP Tarragona³⁰ que considera ilícito el cierre de obra de unos 15,60m² de la terraza comunitaria de uso privativo que amplía la farmacia de la

²⁶ RJ 2013\8303.

²⁷ En este sentido se pronuncia la SAP Girona, 1ª, 1.2.2010 (JUR 2010\158284): «*El cerramiento de terrazas modifica la configuración o estado exterior del edificio y exige el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios pues tal obra, aunque realizada en espacio privativo y fácilmente desmontable, ha alterado un elemento común cual es la fachada principal (expresamente enumerado como común en el artículo 396 del Código civil) y ha modificado la configuración o estado exterior (también elemento común según el mismo artículo 396 del Código civil, que incluye en su enumeración la imagen o configuración del edificio, elementos de cierre y revestimientos exteriores).*» (FD 3º).

²⁸ Fuentes-Lojo Lastres y Fuentes-Lojo Rius, op. cit., 2015, pág. 305.

²⁹ SAP Barcelona, 17ª, 21.10.2010 (JUR 2011\82522).

³⁰ SAP Tarragona, 3ª, 16.1.2018 (JUR 2018\37891).

demandada. Se debe destacar que rechaza la equivalencia de esta obra hecha en la planta baja del edificio y, por tanto, con afectación al aspecto exterior del edificio, respecto de cierres parciales de las terrazas de los áticos del edificio mediante aluminio y vidrio. No se puede equiparar la alteración hecha en los áticos con la de la planta baja porque es más visible y puede ser un obstáculo para la circulación de los peatones.

Se requiere de acuerdo comunitario para la construcción de una caseta de madera en un jardín comunitario de uso exclusivo. Algunos propietarios tienen casetas que utilizan para guardar muebles o herramientas, pero no alcanzan las dimensiones de la caseta en cuestión y no se ven desde la calle. En vez de considerarla caseta de madera, podría calificarse como casita, debido a que incluso disponía de luz eléctrica y está amueblada. Hasta cierto punto, como sugiere la sentencia que resuelve la cuestión³¹, supondría un incremento de edificabilidad que habría que legalizar.

También se debe analizar si el resto de los propietarios sufre algún perjuicio como consecuencia de la actuación de uno de los propietarios, ya que el derecho de uno no puede perjudicar al derecho de otros. La colocación de una valla de madera en una terraza para asegurar la protección de menores de edad no justifica la pérdida del vecino de las vistas, además de la modificación de la configuración exterior del inmueble³². En la instalación de toldos y marquesinas, la limitación de vistas del resto de comuneros es la cuestión determinante, junto con la alteración de la configuración exterior del edificio³³.

Los propietarios que tienen atribuido el uso exclusivo de elementos comunes pueden instalar mobiliario acorde sin necesidad de autorización. En la comentada anteriormente SAP Barcelona de 27.3.2014³⁴ se considera admisible la colocación de una tarima de madera sobre el pavimento original de la terraza³⁵, de unas bancadas de madera adosadas al antepecho, de unas jardineras e incluso de una pérgola desmontable. La Sala lo considera mobiliario habitual en estos espacios que no afectan a la estructura y configuración exterior del edificio ni tampoco comprometen su estabilidad por lo que entraría dentro del legítimo propósito del propietario de conseguir un mejor aprovechamiento del elemento.

³¹ SAP Barcelona, 17ª, 14.12.2017 (JUR 2018\21614).

³² SAP Barcelona, 16ª, 14.1.2009 (JUR 2009\142789).

³³ SAP Barcelona, 11ª, 10.11.2011 (JUR 2012\108447).

³⁴ RJ 2013\8303.

³⁵ «La tarima de madera no afecta al pavimento original ni a la impermeabilización de la cubierta pues, sin perforarla, se ha instalado sobre rastreles superpuestos, permitiendo el paso del agua y respetando la función de los desagües a los que, mediante los correspondientes registros, se puede acceder sin dificultad para proceder a su ordinaria revisión y mantenimiento.» (FD 5º).

Partiendo del hecho que tanto el suelo como el subsuelo son elementos comunes, en principio, se podría cambiar el suelo, pavimento, de un elemento, siempre y cuando suponga la reposición de las baldosas. Sin embargo, cuestión controvertida sería el cambio de pavimento, ya que podría suponer una modificación del aspecto exterior del edificio. El reemplazo de unas baldosas por otras similares sería admisible, pero no lo es si se opta por extender una capa de hormigón³⁶. En cambio, en la SAP Barcelona, 14ª, 3.2.2009³⁷ se admite el cambio de pavimentación por otro distinto en la propia vivienda, pese a suponer una rebaja del nivel del suelo original, porque la estructura y el forjado originales se han mantenido intactos.

2.3. Elementos estructurales: pilares, vigas y muros de carga

Se debe tener presente que todas las paredes, ya sean de carga o de simple cerramiento, son elementos comunes. En cuanto a la construcción y derribo de tabiques, se diferencian los casos de paredes maestras o medianeras de los simples tabiques de división interna cuyo derribo no requiere de acuerdo comunitario.

A diferencia de los muros de carga y de los muros de separación, las paredes interiores de los elementos privativos son también privativos por ser un elemento dentro del espacio interior de otro que tiene carácter de privativo, así que adopta tal naturaleza la pared.

La abertura o cierre de huecos en paredes de carga, que son elementos comunes, exige de autorización por parte de la Comunidad. Aunque no se dañe la estructura del edificio, como hay una alteración un elemento común estructural está prohibida³⁸. Como lo más importante es la inalterabilidad de paredes medianeras o maestras, en el supuesto de apertura de comunicación en el edificio colindante en pared medianera, no debería haber discusión de que afecta a un elemento común y, en consecuencia, la Comunidad de Propietarios debe aprobar la obra. Este es el supuesto resuelto por la SAP Barcelona, 16ª, 25.5.2011³⁹, que además recalca la errónea defensa en base al artículo 553-36.1 del Código Civil de Cataluña referente a las obras en elementos privativos en vez del artículo 553-42.1 del Código Civil de Cataluña sobre las obras en elementos comunes.

³⁶ SAP Tarragona, 1ª, 30.7.2008 (JUR 2009\228592).

³⁷ JUR 2009\173024.

³⁸ Ver SAP Barcelona, 1ª, 21.2.2014 (JUR 2014\110689) y STS, 1ª, 26.9.2012 (RJ 2012\9018).

³⁹ JUR 2011\257742.

Además de supuestos de comunicación de locales del mismo propietario, incluso pertenecientes a distintos inmuebles, también se han planteado algunos relativos a la afectación del forjado como, por ejemplo, los resueltos por la STS, 1ª, 13.6.2011⁴⁰ y la STS, 1ª, 9.12.2010⁴¹. El primero de ellos considera que existe alteración de elementos comunes cuando se demuele en parte el forjado doble para ganar altura y así poder posteriormente crear un altillo en su local. Para no afectar a la estructura, se construyó un refuerzo mediante perfiles de acero y a modo de estructura en la planta destinada a garaje, adosadas a las paredes y techo, además de colocarse un pilar metálico en el hueco de escalera.

2.4. Puertas y ventanas

En tanto que la apertura de puertas y ventanas implique un cambio de configuración de un elemento común como sería la fachada del edificio, no se podrá llevar a cabo sin la correspondiente autorización. Sin embargo, si no perjudican la imagen del conjunto porque, por ejemplo, estamos ante un conjunto de viviendas unifamiliares, no sería necesario el acuerdo comunitario.

En la SAP Barcelona, 19ª, 16.9.2013⁴² se considera abusivo el acuerdo de la comunidad que impide a la actora la apertura de tres ventanas en la fachada lateral de su vivienda unifamiliar, al no ser un interés serio y legítimo en este caso la unificación de la estética del conjunto de viviendas. La otra casa esquinera tenía el mismo número de ventanas por lo que, en realidad, se estaría unificando la estética. Además, no hay peligro de aparición de humedades u otras patologías estructurales por abrir las ventanas en la fachada lateral de una vivienda unifamiliar, a diferencia de hacerlo en un edificio.⁴³

También se ha planteado que pasaría en el caso de sustitución de una puerta por otra. Por supuesto, todo depende del caso concreto, si dicha puerta supone un cambio estético, como ya se ha repetido en varias ocasiones, no prosperaría la aceptación de la obra incontestada. En cambio, en supuestos de puertas interiores se deben tener en consideración otros factores. Al respecto, se debe destacar lo dispuesto en la SAP Barcelona, 1ª, 19.12.2014⁴⁴ sobre una puerta

⁴⁰ RJ 2011\4523.

⁴¹ RJ 2011\1409.

⁴² JUR 2014\878.

⁴³ Otro caso en que se permite la sustitución de una ventana por una puerta es el resuelto por la SAP Barcelona, 11ª, 24.3.2010 (JUR 2010\163517). Se inadmite la alegación de alteración del estado exterior del edificio porque no hay uniformidad al respecto. Hay otras galerías que han convertido la ventana en una puerta e incluso algunas están totalmente cerradas por lo que la demanda, hecha por uno de los propietarios de elementos privativos, no puede prosperar.

⁴⁴ JUR 2015\67008.

que comunica un local con el vestíbulo de la finca: *«El tipo de puerta instalada permite que cualquier persona que se encuentre dentro del local pueda abrirla y acceder al vestíbulo comunitario de la finca con las consecuentes incomodidades y molestias para los vecinos de la finca que pueden verse sorprendidos por la súbita aparición en el vestíbulo, incluso a horas intempestivas, de personas extrañas a la Comunidad, provocando una sensación de falta de seguridad en la finca que nos parece que no tienen aquellos por qué soportar, por lo que tampoco puede el recurso ser estimado en este otro punto»* (FD 5^a).

La conversión de ventanas en puertas o, a la inversa, de puertas en ventanas supone asimismo una modificación de elementos comunes de acuerdo con la jurisprudencia⁴⁵. Para convertir una ventana en puerta se modifica el muro en cuestión mediante rasgado o agrandamiento. Por este motivo, aunque haya ciertos casos en que se admita la conversión, en términos generales, se suele calificar como alteración de elementos comunes por parte de la jurisprudencia, de modo que no se acepta la conversión inconstentida.

Parece contraria a esta opinión mayoritaria una reciente sentencia del Tribunal Supremo⁴⁶ que considera que la apertura de una nueva puerta en la fachada del edificio no afecta a su estructura y, en consecuencia, la Comunidad de Propietarios no puede presentar oposición al respecto. Cabe resaltar que el objeto del litigio es la creación de una puerta de acceso desde la calle a un local de hostelería, por lo que estamos ante unas obras necesarias para que se pueda aprovechar del local el uso que le es propio. El hecho que la pared de cierre del local no sea una pared maestra junto con la amplísima autorización dada en los estatutos⁴⁷ lleva al Tribunal a concluir que la actora tiene derecho a abrir una puerta de acceso a su local. En realidad, no estamos ante jurisprudencia contradictoria al respecto, sino ante la resolución de un conflicto atendiendo a las circunstancias concretas del mismo. Como ya se ha comentado

⁴⁵ SAP Girona, 1^a, 3.10.2013 (JUR 2013\356575): *«Partiendo de la realidad física de esta modificación en la fachada del local litigioso, es evidente que las obras realizadas afectan a un elemento común que ha sido claramente alterado en su configuración externa con la apertura de un hueco más grande transformando la ventana en otra puerta de de acceso a la calle, por lo que la autorización de los demás comuneros era necesaria conforme al art 553.41 del CCC.»* (FD 3^o). Otro caso de conversión de ventana en puerta, que obliga a la restitución al estado original, es la SAP Tarragona, 1^a, 30.7.2008 (JUR 2009\228581).

⁴⁶ STS, 1^a, 8.11.2017 (RJ 2017\4751).

⁴⁷ *«Artículo cuarto.- Los propietarios de los locales o almacenes de la planta de sótano y de los locales comerciales e industriales de la planta baja podrán establecer a su coste salidas de aireación y ventilación hasta la altura de los patios de luces y salidas de humos o gases hasta la del tejado. También podrán realizar cualquier clase de obras y modificaciones en el exterior e interior de dichos locales, siempre que no afecten a la estructura o a la resistencia del inmueble. Asimismo los propietarios de los locales comerciales e industriales de la planta baja podrán colocar en la parte que les corresponda en la fachada, toda clase de obras, digo, anuncios, toldos, marquesinas, adornos, etcétera.»* (FD 3^o).

anteriormente, los supuestos relativos a locales comerciales requieren de una mayor flexibilidad⁴⁸.

A parte de la prohibición de apertura de una puerta en la fachada del edificio, en la sentencia se discute sobre la creación de una puerta en el zaguán del edificio en el sitio concreto que solicitaba la actora. Ante tal solicitud, la Comunidad prohibió su construcción en los términos presentados por la actora, imponiendo una ubicación alternativa, pese a que los estatutos permiten la apertura de puertas al zaguán⁴⁹. El Tribunal Supremo admite la restricción establecida por la Comunidad fundada en la afectación a la estética, ornamentación y tránsito en el zaguán, ya que en ese punto se hallan los buzones de la Comunidad y el espacio es insuficiente. Los estatutos reconocen un derecho a los propietarios que, como todo derecho, no es absoluto por lo que sería admisible una limitación justificada.

Previamente se había comentado que las mayorías necesarias para realizar afectaciones en elementos comunes por parte de locales comerciales se flexibilizan, pero no sólo eso sino que la percepción de la necesidad y alcance de la realización de las obras puede variar de forma sustancial, según sean propietarios de viviendas o de locales comerciales.⁵⁰

2.5. Servicios, instalaciones y canalizaciones comunes

En este apartado se incluyen las conexiones para la instalación de suministros de agua corriente, electricidad y gas. El propietario de un elemento privativo podría instar a la Comunidad a que le facilite la conexión a los ramales comunes para instalar en su vivienda, la cual no se puede negar, debido a que los suministros son necesarios para su aprovechamiento. Como es un derecho de todo propietario utilizar los elementos comunes con una finalidad legítima, si no se perjudica a los demás propietarios, sería abusivo el acuerdo de la comunidad que lo impidiese.

⁴⁸ Ver STS, 1ª, 11.2.2010 (RJ 2010\530) relativa a la conversión en puerta de la ventana de un local comercial.

⁴⁹ «Artículo tercero.- Los propietarios de dichos locales o almacenes de la planta sótano y de los locales comerciales e industriales de la planta baja podrán abrir puertas al zaguán de la casa o a las escaleras, en este caso contribuirán a los gastos del portal y escaleras.» (FD 3º).

⁵⁰ Flores Rodríguez, J. (2014). La alteración sustancial de los elementos comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando obedece a una finalidad comercial. *Actualidad Civil*, núm. 1: «Se ha instalado así en nuestra doctrina jurisprudencial un criterio de flexibilidad frente a determinadas actuaciones privativas en los elementos comunes por el mero hecho de que el destino de la propiedad sea un uso comercial, empresarial o profesional. De este modo, la posibilidad de realizar una alteración de esa naturaleza se encontraría implícita en el contenido de su derecho de propiedad, siempre y cuando con ello no se originen daños a la comunidad o alguno de los propietarios.»

Por eso, la AP Barcelona⁵¹ entiende que no hay alteración en la fachada ya perforada para el paso de conducciones de desagüe cuando hay un mero cambio de las tuberías de evacuación de aguas por unas nuevas. Las tuberías pasan precisamente por una zona destinada al paso de conducciones y la unión de tuberías, mediante la perforación de las comunitarias, no causó perjuicio alguno en la zona, por lo que dicha sustitución no requiere autorización comunitaria, al ser un uso permitido en virtud del artículo 553-42.1 del Código Civil de Cataluña.

En la ya citada SAP Barcelona de 21.2.2014⁵² se afirma que *«no hay una verdadera afectación del bajante por el mero hecho de conectar al mismo la evacuación de aguas distintas para las que inicialmente podía estar previsto en atención a las concretas características que presenta la red de evacuación de aguas del edificio.»* (FD 3º). En el caso presente se suprimió el lavadero existente para convertirlo en el baño por lo que se necesitaba la conexión de las aguas sucias propias del baño a un bajante de aguas grises, las propias de un lavadero. La Sala entiende que no hay alteración ni modificación del uso, ya que la normativa en Barcelona sólo distingue entre aguas residuales y pluviales.

El derecho a servirse de las instalaciones y servicios comunes no incluye la colocación de una red de tuberías, la cual supone más que un simple uso ordinario de los elementos comunes⁵³. Se debe tener en consideración que el espacio ocupado por esta red no podrá ser utilizado con posterioridad por la comunidad de propietarios por lo que se causa un claro perjuicio al resto de propietarios.

El TSJ Cataluña⁵⁴ afirma la existencia de alteración de elementos comunes por la instalación de una salida de humos por parte de un local que ocupa el patio de luces. Debido al uso y destino del local comercial en un origen no tenía salida de humos, en caso que ahora la necesite deberá pedir el consentimiento a la Comunidad de Propietarios.⁵⁵

⁵¹ SAP Barcelona, 11ª, 24.5.2012 (JUR 2012\220987).

⁵² JUR 2014\110689.

⁵³ STS, 1ª, 13.6.2011 (RJ 2011\4523).

⁵⁴ STSJ Cataluña, 1ª, 31.3.2008 (RJ 2009\301).

⁵⁵ La STSJ Cataluña, 1ª, 5.2.2009 (RJ 2009\3021) analiza si el propietario de un local tiene derecho a la instalación de una conducción de extracción de humos, pese a que la Comunidad se haya opuesto, incurriendo en abuso de derecho, según el demandante. Además, se reitera la repercusión que implica una instalación de este tipo y, en ello, se fundamenta la necesidad de acuerdo comunitario al respecto: *«Es tractaria de la instal·lació d'una nova conducció que afectaria a elements comunitaris, estructurals i que alterarien l'aspecte exterior de l'edifici, la qual cosa, a més d'ésser incòmoda i molesta per a la resta dels comuners, resultaria només beneficiosa pel negoci dels actors; sense poder ignorar, ni desconèixer, que aquests, eren i són plenament conscients de que dita nova instal·lació excedeix d'una simple millora o ampliació i per això van sotmetre la seva sol·licitud a l'autorització de la Comunitat avui oponent.»* (FD 4º).

Por su parte, el Tribunal Supremo⁵⁶ resolvió sobre la posible nulidad de un acuerdo comunitario que autoriza a la afectación de elementos comunes⁵⁷ y, en concreto, a la instalación de una chimenea en el patio por parte del propietario de un local dedicado a cafetería churrería con asador de pollos. La Sala opta por declarar la nulidad del acuerdo porque *«para la adopción del correspondiente acuerdo es necesario que se ilustre profusamente a los comuneros expresando las condiciones técnicas y trazado de los tubos, desde su origen, hasta el final del recorrido.»* (FD 3º).⁵⁸

Cabe destacar la STSJ Cataluña, 1ª, 17.1.2013⁵⁹ que declara como doctrina: *«La instalación de antenas y aparatos complementarios de radioaficionados en los edificios sometidos al régimen de Propiedad horizontal, una vez obtenida la pertinente autorización administrativa, no se halla sometida a las prescripciones del art. 553-25 del CCCat en relación con el artículo 553-41, por lo que no resulta necesaria la aprobación comunitaria.»*. Cuando la Jefatura Provincial de Telecomunicaciones ha otorgado la pertinente autorización para la instalación de las antenas correspondientes, ya no se deberá pedir expresamente a la Comunidad su consentimiento por alteración de elementos comunes y ésta a su vez no podrá ejercitar la acción de restitución de elementos comunes alterados. El TSJ Cataluña resuelve en este sentido debido al beneficio público que reconoce el legislador a la actividad de los radioaficionados y, en consecuencia, el interés particular de la Comunidad debe subordinarse al interés social. Por supuesto, esta subordinación se produce sin perjuicio que la Comunidad de Propietarios decida emprender las acciones de defensa del propio expediente administrativo, que sería el momento y acciones de defensa oportunas en estos casos.

Se ha intentado realizar construcciones subterráneas, pero, como el subsuelo tiene la consideración de común y se ve afectado, no han sido admitidas por los tribunales. Se declara la ilicitud del soterramiento de tubos para dotar a un local de servicios de telefonía fija, Internet y televisión por cable por parte del Tribunal Supremo en sentencia de 28.11.2008⁶⁰.

⁵⁶ STS, 1ª, 9.5.2013 (RJ 2013\3697).

⁵⁷ *«En este caso, la alteración de la configuración es sustancial, pues atraviesa el forjado del patio, y eleva una chimenea de aluminio, a lo largo de cinco plantas, que refleja la luz, produce un fuerte impacto visual e interrumpe el espacio existente entre las dos ventanas del piso de la actora.»* (FD 3º).

⁵⁸ La STS, 1ª, 16.3.2016 (RJ 2016\855) resuelve un supuesto de hecho similar siguiendo el mismo razonamiento, centrándose la constitución de la servidumbre que supondría la instalación de una salida de humos y, por consiguiente, la limitación de actuación futura a la que se verían sometidos el resto de los propietarios.

⁵⁹ RJ 2013\3655.

⁶⁰ STS, 1ª, 28.11.2008 (RJ 2008\6939): *«El subsuelo, de conformidad con la redacción contenida en el artículo 396 del Código Civil, es un elemento común de la finca y las obras afectan al muro del edificio y dicho subsuelo, gravando a la comunidad con una servidumbre, sin dotarla de ningún servicio, razón por la cual resulta inexcusable el consentimiento unánime de los comuneros.»* (FD 2º).

En la sentencia se dictamina que se trata de obras en elementos comunes que suponen una directa afectación a estos elementos a la vez que gravan el inmueble con una servidumbre y, por consiguiente, no puede encuadrarse el supuesto dentro del derecho a usar las cosas comunes.

2.6. Aparatos de aire acondicionado

Cada vez es más frecuente la problemática que plantea la necesidad de colocación de los aparatos de aire acondicionado en elementos comunes, provocada por la regulación ordenancista⁶¹ de determinados municipios, como el de Barcelona, que prohíben su colocación en fachadas del edificio y la permiten en elementos comunes como son las cubiertas y patios interiores. Al modificarse un elemento común, la Comunidad deberá autorizar expresamente su instalación, excepto que la cuestión se regule en los estatutos.

Como regla general, la instalación en elementos comunes de aparatos de aire acondicionado requiere el consentimiento de la Comunidad. Aquellos instalados en elementos privativos, como balcones, ventanas o patios, se deberá atender la afectación estética de fachadas y a los perjuicios o molestias que puedan sufrir otros propietarios, como ruidos, aire caliente o vibraciones. También en patios y terrazas de uso exclusivo se suele dictaminar su ilegalidad si ocasiona molestias a alguno de los propietarios, de modo que su tratamiento es equivalente al de los elementos privativos.

Se ha reconocido la posibilidad de colocar aparatos de aire acondicionado cuando no son necesarias obras de perforación, al no alterar elemento común alguno. No obstante, se tendrá en consideración si perjudican o molestan a alguno de los vecinos.

El Tribunal Supremo en sentencia de 17.11.2011⁶² se plantea si la Comunidad incurre en abuso de derecho ante la negativa a la instalación de aparatos de aire acondicionado en patio comunitario. En el caso concreto, la sentencia apelada dictamina que *«los aparatos de aire acondicionado adosados a los patios norte y sur por los demandados resultan molestos tanto por el ruido que producen como por el aire caliente que emana de los mismos y son utilizados en horas nocturnas y de madrugada en los meses de verano, como declaran el propietario del piso NUM001 y la ocupante del piso NUM002 y como se deduce del informe emitido por perito designado judicialmente y del informe del Ayuntamiento de Madrid, que ponen de manifiesto que el nivel de ruido de las unidades exteriores situadas en el patio sur y en el*

⁶¹ Esta regulación pretende evitar la interferencia en la composición arquitectónica de la fachada y molestias a terceros, como las emisiones de calor y ruido.

⁶² RJ 2012\1507.

patio norte superan los máximos permitidos en horario nocturno, por lo que la negativa de la comunidad no constituye abuso de derecho y está justificada por el perjuicio que causa a los demás vecinos el ruido y calor que emiten aquellas.» (AH 4º). El presente razonamiento es aceptado por el Tribunal Supremo que desestima el recurso, una vez analizados los informes sobre los aparatos de aire acondicionado y su emisión de ruido⁶³.

En caso de inmuebles que no disponen de la instalación de aires acondicionados se hace una interpretación flexible para que así las viviendas puedan adaptarse a las mejoras tecnológicas, en este caso, los aparatos de aire acondicionado. Se tendrá en consideración si se han realizado obras de perforaciones y, en caso afirmativo, no podrá llevarse a cabo su instalación sin el respectivo acuerdo comunitario.⁶⁴ En los casos que exista una preinstalación de aire acondicionado, será preciso que sean instalados en el lugar habilitado para ello.

En sentencia de 1.7.2016 el Tribunal Supremo⁶⁵ trata de resumir la doctrina jurisprudencial al respecto y deja claro que este tipo de instalaciones deben analizarse con cierta flexibilidad, incluso permitiendo la afectación a elementos comunes. Es fundamental garantizar que aquellas viviendas sin la preinstalación de estos aparatos puedan adaptarse a las mejoras tecnológicas y, por ello, deben tolerarse las obras que no sean excesivas. Todo esto complica la armonización de la jurisprudencia en esta materia.

⁶³ «No es relevante, a los efectos litigiosos, que los ruidos incumplan la normativa administrativa, como hemos expuesto con anterioridad; lo relevante es, que la superación de los máximos, permite considerar que los ruidos causan daño a todos los vecinos y no a alguno de ellos por su especial sensibilidad y que, en tal caso, no cabe hablar de abuso de derecho porque la comunidad pida que se deshaga la instalación de los dos aparatos.»

⁶⁴ STS, 1ª, 15.12.2008 (RJ 2009\154): «El artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal limita las facultades del propietario, el cual, si bien usará de su piso o local según le convenga, carece de capacidad para alterar cualquier parte del resto del inmueble, distinguiendo entre la propiedad privada y los elementos comunes del edificio: para la primera, el titular tiene plena libertad de realizar modificaciones, pero no en los servicios generales de la Comunidad, pues sus derechos dominicales terminan allí donde su propia superficie se acaba, conforme al artículo 3 a) de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo doctrina reiterada (SSTS de 17 de abril de 1998 ; 16 de mayo y 22 de octubre de 2008), respecto a la colocación de estos aparatos, que cuando no necesitan de obras de perforación, no se considera como alteración de elementos comunes, pues, en el supuesto contrario, se impediría el uso y disfrute de los adelantos técnicos en todos los edificios no preparados para dicho particular, que no es la interpretación correcta que acepta la sociedad, habida cuenta de la actuación generalizada de los comuneros sobre esta materia en nuestro país, por lo que corresponde acudir a la realidad social impuesta en el artículo 3.1 del Código Civil.» (FD 1º)

⁶⁵ STS, 1ª, 1.7.2016 (RJ 2016\2885).

2.8. Otros

2.8.1. Entreplantas y altillos

Se ha admitido la creación de entreplantas y altillos en caso de no afectación a elementos comunes ni perjuicio a la estructura del edificio. Al respecto, la STS, 1ª, 22.12.2005⁶⁶ admite la elevación del suelo de un local para facilitar el acceso al mismo. Mediante la construcción de una entreplanta el local evitaba el desnivel de acceso y reducía la altura excesiva del techo, lo cual no puede ser encuadrado dentro de la categoría de alteraciones de elementos comunes⁶⁷.

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo⁶⁸, constituye una alteración de elemento común cuando se hacen obras en el espacio bajo cubierta y, en concreto, la eliminación del falso techo hecho de cañizo y guarnecido de yeso, además de la instalación de una estructura metálica. Esta obra supuso un aumento del espacio habitable de unos 10m², de modo que se solicita la restitución del techo de la vivienda a su estado anterior. A partir de esta sentencia, se ve complicada la posible creación de un altillo, sin que se declara la afectación a elementos comunes. Sólo se me ocurre el caso en que, ante unos altos techos, se decida crear un altillo por falso techo, manteniendo así inalterable la estructura del edificio.

También es inadmisibles la construcción de un altillo, utilizando vigas y viguetas, después de haber demolido parte del forjado doble y, para evitar perjudicar a la estructura del edificio, se construyó un refuerzo en la planta destinada a garaje y un pilar metálico en el hueco de la escalera⁶⁹.

2.8.2. Placas profesionales y rótulos comerciales

En cuanto a la colocación de placas profesionales, se considera uso de elementos comunes y, en consecuencia, los propietarios de elementos privativos tienen derecho a colocarlas. No obstante, la Comunidad puede regular el orden de colocación, el lugar y la forma, para así garantizar el derecho a todos los propietarios y la estética del edificio. Este derecho de uso lo tienen aquellos que realizan actividades profesionales permitidas en el título constitutivo o en los estatutos.

⁶⁶ RJ 2005\7860.

⁶⁷ El local está situado a 2,20 metros por debajo de la rasante y alcanza otros 3,20 metros por encima de ella. Por lo tanto, su altura total es de 5,40 metros.

⁶⁸ STS, 1ª, 2.2.2016 (RJ 2016\499).

⁶⁹ STS, 1ª, 13.6.2011 (RJ 2011\4523).

Relacionado con lo anterior tenemos los rótulos comerciales. Salvo que se prohíba en los estatutos, debería permitirse la colocación de un rótulo en la parte de la fachada del local. Sería admisible una regulación respecto al color y forma de estos rótulos para preservar la estética del edificio.

2.8.3. Macetas y plantas

En la SAP Barcelona, 16ª, 7.9.2011⁷⁰ se analiza el alcance del derecho de uso de elementos comunes y, en concreto, la colocación de plantas particulares en la azotea. La Comunidad de Propietarios acordó la retirada de todos los objetos depositados por uno de los comuneros en la azotea de la finca, entre los cuales, plantas y macetas. El uso debe regirse en todo caso por lo dispuesto en los estatutos y, por consiguiente, en la voluntad de la Comunidad. Como hay un acuerdo al respecto de la retirada de las plantas, que no es abusivo, deberán retirarse las plantas de la azotea por no permitirse este uso del elemento común.⁷¹

2.8.4. Uso del portal

Utilizar el portal como recepción de un hotel instalado en una de las plantas requiere de acuerdo comunitario, ya que el derecho de uso de los elementos comunes no incluye dicha actuación. El portal tiene una finalidad propia con uso por todos los vecinos, por lo que no cabe la instalación de un teléfono y un conserje para la recepción de los viajeros del hotel que tiene instalado en su piso uno de los propietarios. Esto supone una alteración de la finalidad habitual del portal, lo cual exige aprobación por parte de la Comunidad para su realización.⁷²

2.8.5. Pasillo de acceso

En la STS, 1ª, 27.6.2016⁷³ se declara la existencia de alteración de elementos comunes cuando un local abre un segundo escaparate sobre el pasillo de acceso a la comunidad, debido a que se está distorsionando el acceso al edificio y se ha dispuesto del pasillo en beneficio propio sin la autorización correspondiente de la comunidad. Los propietarios no tienen el deber de tolerar la apertura de un escaparate lateral que les obliga a compartir el pasillo de acceso a sus casas con los clientes del local que visualizan el controvertido escaparate. Como la apertura

⁷⁰ JUR 2011\362250.

⁷¹ «El uso de los elementos comunes ciertamente corresponde a todos los propietarios y ha de adecuarse a criterios de normalidad y a su naturaleza, sin impedir la utilización que puedan hacer los demás. Pero, como decimos, ha de regir la voluntad de la mayoría para definir qué usos son admisibles y cuáles no y, de otra parte, parece razonable pensar que si todos los copropietarios depositasen macetas en la terraza la situación sería inviable. La presencia de tales elementos puede además dificultar otros usos.» (FD 2º).

⁷² STS, 23.11.1995 (RJ 1995\8898).

⁷³ RJ 2016\3163.

del escaparate lateral, provoca un notorio perjuicio al resto de los propietarios deberán deshacerse las obras realizadas sin el debido consentimiento.

2.8.6. Escaleras y montacargas

En la STS, 1ª, 9.12.2010⁷⁴ se analiza la construcción en un local comercial de una escalera interior y un montacargas para unir la planta baja con el primer piso. Para llevar a cabo esta obra fue necesaria la apertura de dos huecos en el forjado. La jurisprudencia ha flexibilizado las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos cuando se trataba de locales comerciales, ya que como sentencia el Tribunal Supremo *«para el desarrollo de las actividades comerciales que les son propias, puede resultar imprescindible la instalación de elementos que van a afectar a otros elementos comunes y cuya instalación no puede dejarse al arbitrio de que una minoría de copropietarios, sin razón legal que lo justifique, impidan su realización.»* (FD 2º).

El Tribunal Supremo entiende que las obras autorizadas por el título constitutivo o los estatutos que afecten a elementos comunes realizadas en locales comerciales no podrán considerarse contrarias a derecho, siempre que no se afecte a la seguridad y estabilidad del edificio ni cause algún perjuicio en el derecho de otro propietario. Se dictamina la inexistencia de alteración de elementos comunes, ante la apertura de dos huecos en la placa de separación del bajo y del primer piso para la instalación de un montacargas y una escalera, al no haber perjuicio en los derechos de otro propietario ni menoscabo alguno en la seguridad, estructura general y configuración del edificio.

⁷⁴ RJ 2011\1412.

3. DEFENSA DE LOS ELEMENTOS COMUNES

Ningún propietario podrá alterar los elementos comunes sin consentimiento de la Comunidad. Ante la alteración incontestada de elementos comunes por parte de uno de los propietarios de elementos privativos, la Comunidad de Propietarios puede instar la acción de restitución de los elementos comunes alterados a su estado originario. Este derecho de la comunidad se reconoce en el artículo 553-36.4 del Código Civil de Cataluña en sede de aprovechamiento de los elementos privativos.

La legitimación de la acción también ha sido reconocida a los propietarios de elementos privativos, aunque tiene ciertas limitaciones. Todos los titulares de los elementos, ya en su conjunto ya individualmente, están legitimados para ejercitar las acciones relativas al resarcimiento por daños soportados en su propiedad. Sin embargo, no sería posible que uno de los comuneros reclame en concepto de deudas comunitarias a uno de los propietarios morosos. Hay ciertas acciones que están atribuidas en exclusiva a la Comunidad y otras que para prosperar el propietario deberá cumplir una serie de requisitos.

Cabría que uno de los propietarios demandará a otro en casos de inactividad de la Comunidad, ya sea porque se niega a entablar acciones que le reportarían un beneficio o porque no se ha llevado a la práctica el acuerdo de emprender dichas acciones.⁷⁵

Por su parte, cuando los propietarios de elementos privativos no están de acuerdo con algún decisión tomada por la Junta de Propietarios, pueden acudir a los tribunales. Éstos suplicarán que se estime la acción de nulidad de los acuerdos comunitarios, acción que tiene unos motivos tasados.

El plazo de prescripción de la acción de reintegro de un elemento común al estado y situación anterior a las obras es de diez años en Cataluña previsto en el artículo 121-20 del Código Civil catalán⁷⁶. En cambio, en el ámbito estatal el plazo es de treinta años, debido al carácter real de la acción en cuestión⁷⁷.

⁷⁵ Fuentes-Lojo Lastres y Fuentes-Lojo Rius, op. cit., 2015, págs. 531-532.

⁷⁶ STSJ Cataluña, 1ª, 16.6.2016 (JUR 2016\174490).

⁷⁷ Si la acción fuera de carácter personal, el plazo de prescripción sería de quince años.

A veces, se ha discutido si, en realidad, la acción sería de carácter personal⁷⁸. En la STS, 1ª, 14.9.2016⁷⁹ se confirma la sentencia de apelación que obliga a la retirada de las instalaciones de saneamiento para la evacuación de aguas residuales que discurren por el forjado que cubre el techo del sótano. La parte recurrente entiende que la acción ya ha prescrito por el transcurso de más de quince años y, ante jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales al respecto, el Tribunal Supremo decide aclarar la cuestión: «*Las acciones por las que la comunidad reclama la restitución de cualquier elemento común a su estado anterior frente al titular del elemento privativo que pudiera beneficiarse de dicha alteración, es de carácter real y por tanto el plazo de prescripción aplicable a las mismas es el de treinta años establecido en el artículo 1963 CC*» (FD 2º).

3.1. El consentimiento

Un aspecto muy discutido doctrinal y jurisprudencialmente es la existencia o no de consentimiento por parte de la Comunidad. Se acepta el consentimiento tácito en este tipo de casos lo que dificulta más la sistematización a la hora de tratarlos. El consentimiento tácito implica a la práctica la convalidación de la alteración del elemento común de modo que la acción de la Comunidad de Propietarios ejercitada para la restitución del elemento a su estado originario no prosperará. Dicho consentimiento sería equiparable al acuerdo unánime que legalmente se exige para realizar obras en elementos comunes.

Algunos han considerado que no se debería aceptar el consentimiento tácito sino que la Comunidad podría reaccionar frente a la alteración de un elemento común hasta que no prescriba el ejercicio de la acción. Si el legislador ha establecido un plazos de prescripción de la acción, se debería respetar dicho término permitiendo la interposición de la acción de reintegración hasta el último momento sin que quepa entender que la inactividad prolongada en el tiempo supone la aprobación tácita del acto.⁸⁰

El consentimiento tácito se debe analizar atendiendo a las circunstancias de cada caso, de modo que es complicado dictaminar cuando la Comunidad de Propietarios ha consentido tácitamente. Para poder ver si el silencio por parte de la Comunidad de Propietarios puede ser

⁷⁸ La discusión sobre si la acción es real o personal no tiene ningún tipo de trascendencia en Cataluña porque el plazo previsto de prescripción de las acciones es el mismo, diez años. Esta distinción sólo es relevante en el ámbito estatal donde se prevé para las acciones reales un plazo de prescripción superior, treinta años frente a los quince para las de carácter personal.

⁷⁹ RJ 2016\4108.

⁸⁰ Colina Garea, R. (2010). Comentario a la sentencia de 16 de julio de 2009 (RJ 2009, 4476). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010.

interpretado como consentimiento tácito se valorarán las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento. En definitiva, el conocimiento y el mero silencio unidos al paso del tiempo no son suficientes para declarar la existencia de consentimiento tácito.

En la mencionada STS de 14.9.2016⁸¹ el debate de si se aprecia el consentimiento se centra en *«la obviedad de las obras que resultaren claramente apreciables para todos los comuneros y no sólo para algunos, sin que puedan desdeñarse otras circunstancias como es el incremento del perjuicio que se derivara de las mismas por el transcurso del tiempo»* (FD 3º). Al final, el Tribunal entiende que no ha habido consentimiento tácito y que, en todo caso, el conocimiento no equivale a consentimiento. En cambio, el Tribunal Supremo⁸² entiende que sí ha habido consentimiento por parte de la Comunidad cuando se convocó una Junta General Extraordinaria para explicar las obras realizadas y los comuneros acordaron que fueran examinadas por el Presidente y el Administrador al día siguiente, los cuales posteriormente dieron su conformidad y no se volvió a convocar nueva junta al respecto.

Cabe mencionar la STSJ Cataluña, 1ª, 19.9.2013⁸³ que recoge la doctrina del Tribunal Supremo al respecto del consentimiento de la Comunidad de Propietarios en relación a la ocupación de espacios comunes por parte de unos propietarios de elementos privativos. La Sala confirma la existencia de consentimiento en el cerramiento de una plazas de aparcamiento que se produjo hacía más de veinte años y la Comunidad decidió no emprender acciones contra los demandados⁸⁴. Además dicho acuerdo no fue impugnado por los comuneros por ser perjudicial a los intereses de la Comunidad y, en consecuencia, los propietarios quedaron vinculados al acuerdo de la Junta de Propietarios, de acuerdo con el artículo 553-30.1 del Código Civil de Cataluña.

En el mismo sentido, aceptando la existencia de consentimiento, resuelve la STSJ Cataluña, 1ª, 31.10.2012⁸⁵ referente a la perforación del muro medianero para comunicar un local destinado a restaurante con dos viviendas. Las obras se realizaron hace más de veinte años y se debatió la cuestión en varias juntas, que acordaron la no interposición de acciones

⁸¹ RJ 2016\4108.

⁸² STS, 1ª, 15.10.2013 (RJ 2013\6954).

⁸³ RJ 2014\143.

⁸⁴ Esta demanda que no prosperó tuvo lugar cuando un par de comuneros, que votaron a favor de emprender acciones legales, decidieron acudir a los tribunales para solicitar el derribo de las obras ante la negativa de la Comunidad.

⁸⁵ RJ 2012\11183.

judiciales, las cuales no se impugnaron. Todos conocían las obras realizadas e incluso se beneficiaban de ellas utilizando las entradas de los pisos para realizar encargos de comida al restaurante, sin lugar a duda si hizo un uso continuado y público. Los demandados llegaron a realizar algunas modificaciones propuestas por la Comunidad y por la Administración para evitar algunas molestias que se podían ocasionar a los propietarios.

Al respecto del consentimiento tácito fue muy criticada⁸⁶ la STS, 1ª, 16.7.2009⁸⁷ que declara como doctrina jurisprudencial en interés casacional *«la presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en el patio de la comunidad, habida cuenta de que del comportamiento de la parte actora y de la Comunidad de Propietarios resulta implícita su aquiescencia a tal situación, sin que durante un largo período de tiempo se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad»*. Estamos ante un caso de cerramiento de un patio interior de uso exclusivo realizado hace más de veinte años y posteriormente se utilizó este espacio para hacer una ampliación de la cocina. El consentimiento tácito en esta sentencia sólo se justifica por el mero transcurso del tiempo, por eso, ha sido duramente criticada⁸⁸. También por el paso del tiempo, más de dieciocho años, se desestima el recurso de la Comunidad de Propietarios en la STS, 1ª, 19.12.2005⁸⁹.

En los casos basados en la tolerancia prolongada de la situación, sin actuación alguna por parte de la Comunidad, se ha considerado más conveniente su calificación de retraso desleal que sería contrario a un ejercicio del derecho acorde con la buena fe, en vez de consentimiento tácito, lo cual nos llevaría a la misma solución práctica, pero jurídicamente hablando parece más adecuado. Si la obra hubiese sido evaluada en Junta de Propietarios y, después no se lleva a cabo, sí sería correcto hablar de consentimiento tácito.⁹⁰

⁸⁶ Colina, op.cit., 2010.

⁸⁷ RJ 2009\4476.

⁸⁸ Colina, op.cit., 2010: *«No hubo hecho, acto, conducta o comportamiento alguno de los que tácitamente se pudiera deducir, de modo inequívoco y concluyente, que los propietarios, y especialmente el demandante-recurrido, aprobaran, autorizaran o consintieran las obras de cerramiento que unilateralmente fueron llevadas a cabo en el patio interior. Al no haber conductas indicativas de una voluntad favorable a la alteración unilateral, no es posible afirmar que luego, al interponer la acción de reintegración del patio a su configuración original, el actor haya actuado en contra de sus propios actos, pese al largo tiempo que dejó transcurrir para hacerlo.»*

⁸⁹ RJ 2006\152.

⁹⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2011). Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 2010. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011.

Además, se ha tratado si es posible prescindir del permiso de la Comunidad de Propietarios para dotar acceso a las viviendas que anteriormente eran un local comercial⁹¹ en virtud de la segregación autorizada administrativa y estatutariamente⁹². Al haber una segregación se requerirá que el elemento privativo tenga independencia funcional y, en consecuencia, se deberá crear una salida. En el caso resuelto por la STSJ Cataluña de 26.3.2015⁹³, las obras consistieron en alargar el hueco de la ventana para colocar una puerta, así que se produjo una mínima invasión. Los estatutos permitían que en caso de segregación se pudiera cambiar la configuración del inmueble. La Comunidad no ha explicado el perjuicio que sufre por la apertura de las puertas, ni se alteró la estructura ni la seguridad del inmueble, y no hubo oposición en supuestos similares. Por todo ello, el Tribunal entiende que la Comunidad consintió en los estatutos tal actuación⁹⁴.

○ *Especialidad del artículo 553-36.4 del Código Civil de Cataluña*

En Cataluña, se entiende que ha habido consentimiento si las obras son notorias, no han disminuido la solidez del edificio ni suponen la ocupación de elementos comunes⁹⁵ ni la constitución de nuevas servidumbres, y, al mismo tiempo, la comunidad de propietarios no se ha opuesto en el plazo de cuatro años desde su finalización⁹⁶. Cabe destacar que este artículo es aplicable para el caso de alteraciones de elementos comunes, pero no lo es para aquellos actos que sean considerados como uso del elemento común.⁹⁷

⁹¹ El hecho que el local haya pasado a convertirse en viviendas no es relevante para el Tribunal.

⁹² Al respecto STSJ Cataluña, 1ª, 26.3.2015 (RJ 2015\4448).

⁹³ RJ 2015\4448.

⁹⁴ «*La oposición resulta más inexplicable cuando, según dice la Sentencia recurrida, tratándose de un complejo inmobiliario único, las Comunidades recurrentes no se han opuesto a que en otras escaleras del conjunto se hayan abierto puertas en viviendas reconvertidas. A diferencia la conversión de viviendas en locales comerciales, lo contrario no suele producir inconvenientes ni perjuicios a la comunidad de propietarios, ni puede considerarse que la desaparición de una mínima parte de la fachada por el alargamiento del hueco de la ventana impide a los restantes copropietarios el uso de la misma. En consecuencia ponderando todos los intereses en juego, cabe concluir que en la autorización contenida en los Estatutos para segregar los locales comerciales tal y como se hallaban configurados, se encontraba implícita la facultad de dotarlos de un acceso aunque pudiese verse alterada la fachada del inmueble, no siendo obstáculo para ello que en virtud de la permisión legal el local se haya convertido en viviendas*» (FD 5º).

⁹⁵ Es fundamental distinguir la alteración de un elemento común y la restitución a su estado originario de la ocupación del elemento para convertirlo en elemento común de uso exclusivo o incluso privativo. La Comunidad siempre podrá pedir la restitución del bien ocupado, al no ser de aplicación el consentimiento tácito en los términos del artículo 553-36 del Código Civil de Cataluña. Así lo indica la SAP Tarragona, 1ª, 19.10.2012 (JUR 2013\12980) que luego es confirmada por el Auto del TSJ Cataluña, 1ª, 21.11.2013 (JUR 2014\8118).

⁹⁶ La nueva redacción del artículo, modificado por la Ley 5/2015 de 13 de mayo, entró en vigor el 20 de junio de 2015. Anteriormente, no se hacía referencia al hecho que las obras no podían constituir nuevas servidumbres para entender, junto con los otros requisitos, la existencia de consentimiento. Además, el plazo de oposición anterior era de seis años.

⁹⁷ Echeverría y Morillo, op.cit., 2009, pág. 130.

3.2. Abuso en el ejercicio del derecho de oposición a alteraciones

Junto con el consentimiento tácito, la mayoría de los propietarios que han alterado elementos comunes basan su defensa en la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho y su ejercicio antisocial, con vulneración de los principios de buena fe y también la prohibición de ir contra los actos propios⁹⁸. El plazo de prescripción de la acción, la naturaleza privativa del elemento o el hecho de ser un simple uso del elemento son otros argumentos alegados por los propietarios, ante la interposición en su contra de acciones para la restitución de los elementos comunes alterados.

Tanto a nivel estatal como de Cataluña, se prohíbe toda alteración de los elementos comunes sin el acuerdo de la comunidad de propietarios. La Ley de Propiedad Horizontal exige el acuerdo unánime y, por ello, ha surgido una tendencia jurisprudencial flexibilizadora al respecto que ha admitido en ciertos casos el abuso en el ejercicio del derecho de oposición a alteraciones.⁹⁹ Como bien es sabido los derechos no son absolutos y sus límites están estrechamente ligados al principio de buena fe. Suelen ser casos donde aquellos que se oponen a la alteración no sufren daño alguno y su único motivo de oposición es perjudicar al resto. Para determinar si estamos ante un supuesto de estos hay que atender a las circunstancias del caso concreto como, por ejemplo, consentimiento tácito durante años a estas alteraciones o las razones por las que se pide la restitución al estado originario del elemento común.

Se ha defendido la desigualdad entre los propietarios, pero sólo será válida cuando esté justificada en motivos objetivos y razonables. También se ha expuesto que dicha desigualdad no se puede establecer en base a criterios impuestos por la mayoría, debido a que comportaría un abuso de derecho. En otras palabras, la mayoría no puede de manera arbitraria decidir qué hechos desiguales se permiten y cuáles no.

El abuso del derecho es excepcional y de alcance restrictivo, por eso, la alegación en sede de obras de alteración inconsentidas en elementos comunes de la propiedad horizontal no es tanto por el hecho que la Comunidad ejercite la acción pasados diez o veinte años. Debería reconocerse en los casos en que un propietario ejercita un cierto derecho de veto por la exigencia de unanimidad para la autorización de obras en elementos comunes, o cuando los

⁹⁸ «Actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su conducta anterior en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe ese mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal)» (STS, 1ª, 19.12.2005 (RJ 2006\152), FD 4º).

⁹⁹ Bercovitz, op.cit., 2014, págs. 207 y 208 (redactadas por Germán Bercovitz Álvarez).

propietarios demandantes se han beneficiado de dichas obras, o cuando la Comunidad ha actuado distinto en supuestos similares de modo que discrimina injustificadamente.¹⁰⁰

Cuando se ejercita una acción para la retirada de una estructura metálica recubierta con plástico en un patio común de uso exclusivo que se construyó en 1992, se considera aplicable al caso la doctrina del abuso de derecho y ejercicio tardío del derecho. Hubo un consentimiento tácito por parte de la comunidad y la vecina en cuestión, demandante, no ha probado perjuicio alguno. Durante trece años, ninguno de los vecinos realizó algún tipo de queja al respecto. Ni tan siquiera la demandante acudió al acto del juicio para ser interrogada y declarar las supuestas molestias que sufre. Al no haber una nueva circunstancia que acredite el ejercicio de la acción, la parte demandante actúa en contra de la doctrina de los actos propios.¹⁰¹

Otro caso interesante sobre el tema es el resuelto por la STSJ Cataluña, 1ª, 5.6.2014¹⁰². La Comunidad de Propietarios exige la restitución de los elementos comunes alterados a su estado originario al propietario de una vivienda por dos obras realizadas. Por una parte, en el año 1979, antes de la adquisición de la vivienda por el actual propietario y demandado, se construyeron unas puertas metálicas que cierran el pasillo comunitario. Por otra parte, el actual propietario unos diez años atrás construyó en el patio comunitario una caseta para la instalación del gas propano para su calefacción, en concreto, se trata de una construcción de obra con puertas metálicas y una cubierta de teja.

En cuanto a las puertas metálicas, han pasado 27 años desde su construcción y se han producido cerramientos bajo el consentimiento de la Comunidad que son considerados obras análogas. El Tribunal debe desestimar las pretensiones de la Comunidad en este punto por el principio de igualdad de trato. Sin embargo, la decisión adoptada por la caseta es distinta por tratarse de una obra fija adosada al inmueble que no es comparable con cualquier otra consentida por la Comunidad, además del menor tiempo transcurrido. El resto de propietarios se encontraban en la misma situación que los demandados y no decidieron construir casetas en una zona comunitaria.

¹⁰⁰ Colina, op.cit., 2010.

¹⁰¹ Este caso fue resuelto por la SAP Lleida, 2ª, 10.11.2006 (JUR 2007\228896): «És evident que no es pot negar l'existència del dret de l'actora atès el contingut dels arts. 7 i 12 de la LPH i la naturalesa de l'estructura aixecada pels demandats, però també són d'aplicació en aquest cas les institucions derivades de l'art. 7 C.C. que proclama el principi general de la bona fe, reconduït doctrinalment i jurisprudencial a les situacions de retard deslleial (l'anomenada Verwirkung), abús de dret, i a la prohibició d'anar contra els actes propis» (FD 2º).

¹⁰² RJ 2014\4327.

En este caso no puede prosperar la teoría del abuso del derecho que se basa en la prohibición de los actos de emulación que implican el ejercicio del derecho con la única intención de perjudicar a otro. La Comunidad de Propietarios sí obtiene un perjuicio, ha habido una alteración destacable en elementos comunes, y si tolera esta actuación por el principio de trato igualitario debería aceptar que otros propietarios hicieran obras similares en elementos comunes. El Tribunal entiende que esto podría llegar incluso a suponer un riesgo para la solidez y conservación del edificio.

En esta sentencia se hace referencia a la STSJ Cataluña, 1ª, 25.4.2013¹⁰³ que declara como doctrina legal «*la validez de los acuerdos comunitarios y su carácter no abusivo, cuando pretendan impedir por la sola voluntad de un propietario la apertura de huecos en la cubierta del edificio y la instalación estable de estancias en elementos comunes de uso privativo unidas funcionalmente a una vivienda privativa*». En el año 2005, el anterior propietario de la vivienda instaló en el terrado comunitario de uso exclusivo una estructura apoyada en las paredes del inmueble con un techo metálico impermeabilizado y cerramiento lateral acristalado. Al año siguiente, abrió un hueco en la cubierta del edificio para unir con una escalera la construcción realizada en el terrado con su vivienda. En el 2008, compraron la vivienda los ahora demandados a los cuales se les advirtió que la Comunidad no había consentido tales obras. Aunque el terrado sea de uso exclusivo y las obras no supongan un peligro para la solidez del edificio ni se vean por la calle, la Comunidad de Propietarios sí tiene un interés por haberse alterado un elemento común cambiando la volumetría del terrado y resultando en un aumento de la superficie de la vivienda por lo que se debería producir un aumento del coeficiente de participación en los gastos comunes.

3.3. Usucapión de elementos comunes

Por último, nos debemos preguntar si sería posible que la Comunidad reivindicara su derecho sobre un elemento común, pero el tribunal correspondiente dictaminara que dicho elemento ya no le pertenece, porque se ha convertido en un elemento privativo. Se pretende resolver si un propietario puede adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria o usucapión un elemento común en virtud de los artículos 531-23 y siguientes del Código Civil de Cataluña.¹⁰⁴

¹⁰³ RJ 2013\8303.

¹⁰⁴ A nivel estatal ver los artículos 1.930 y siguientes del Código Civil.

Anteriormente, se había distinguido entre los elementos comunes por naturaleza y por destino por la posibilidad de desafectación del elemento, ya sea a través del título constitutivo del edificio o por acuerdo unánime de la Comunidad.

De acuerdo con el artículo 1.936 del Código Civil, "*son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*". Como los elementos comunes por destino se pueden desafectar, debido a que forman parte del comercio de los hombres, se podrán adquirir por usucapión y, en consecuencia, uno de los comuneros conseguirá el pleno dominio de un elemento común.¹⁰⁵

En el supuesto que uno de los comuneros realice unas obras incontestadas en elementos comunes puede darse el caso que la construcción sea una unidad funcional de destino independiente y, por tanto, susceptible de ser un elemento privativo. Sin embargo, aunque se acepte la existencia de consentimiento tácito por parte de la Comunidad por el transcurso del tiempo, esto no equivaldría a la conversión del elemento en privativo sino a la mera convalidación de las obras. La Comunidad no podría ejercitar la acción de restitución del elemento común al estado originario por vulneración de la doctrina del abuso de derecho y los actos propios, pero el elemento será siendo comunitario y la propia Comunidad si así lo acuerda y asumiendo los gastos pertinentes repondrá el elemento a su estado original.

Para adquirir el elemento de manera ordinaria según el Derecho común, se requerirá la posesión de buena fe y justo título. "*La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida*", según el artículo 1.941 del Código Civil. Para la prescripción extraordinaria no será necesario ni título ni buena fe y, en compensación, se establece unos plazos mayores para usucapir.

¹⁰⁵ La SAP Barcelona, 17ª, 26.7.2010 (AC 2010\1512) dejó claro que es posible la prescripción de elementos comunes por destino de propiedad horizontal, ante la alegación de la recurrente que nunca puede proceder la usucapión de un elemento común. La recurrente se basó en lo declarado por la SAP Tarragona, 1ª, 3.3.2008 (JUR 2008\143753): «*tratándose de elemento común a la comunidad, concepto que engloba todos aquellos elementos o espacios que no son privativos, la posesión de los mismos sólo es por mera tolerancia y no aprovecha para la usucapión, o como dijo la Sentencia de esta Audiencia de 30 de mayo de 2002, "las cuestiones relativas al uso de elementos comunes vienen reguladas de forma expresa por el título constitutivo, los acuerdos comunitarios y la legislación especial de la Ley de Propiedad Horizontal y normas complementarias, así como por las limitaciones urbanísticas, por lo que no puede adquirirse por usucapión el derecho de usar una zona común, pues se trata del derecho concedido legal o voluntariamente a utilizar una zona común como es la acera y zonas colindantes"*» (FD 2º). No puede ser admitida esta afirmación por ir en contra de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que sí reconocen la usucapión de elementos comunes que lo sean por destino.

En Cataluña, al igual que en la extraordinaria regulada por el Código Civil, no hace falta ni título ni buena fe para que proceda la usucapión. Los plazos de usucapión en Cataluña son de 3 años en caso de bienes muebles y 20 para los inmuebles.

Especialmente conflictivo es lo que comprende poseer en concepto de dueño. Algunos entienden que "el comunero que realiza una obra incontestada sobre una superficie común tiene la clara intención de hacerse dueño de la misma"¹⁰⁶. Para demostrar la posesión en concepto de dueño sería aceptada la acreditación del arrendamiento del elemento litigioso y el abono de impuestos y tasas¹⁰⁷. En cambio, no queda acreditada la posesión en concepto de dueño de la azotea, al no presentar pruebas de la existencia de actos inequívocos que manifiesten externamente en el tráfico dicha posesión en la SAP Barcelona, 19ª, 7.7.2017¹⁰⁸.

La prescripción adquisitiva no es apreciable de oficio sino que la parte deberá alegarla de manera oportuna dentro del plazo. Por este motivo se rechaza en la SAP Lleida, 2ª, 26.2.2010¹⁰⁹ que en segunda instancia la parte demandada utilice como defensa la usucapión. Como en primera instancia no prosperó que adquiriera el espacio mediante el contrato de compraventa del local¹¹⁰, ahora pretende hacer valer que ha adquirido la propiedad del espacio litigioso por la posesión durante más de cuarenta años, lo cual no es aceptado por la Audiencia Provincial de Lleida. El espacio litigioso, utilizado como almacén en ese momento, estaba situado debajo del hueco de la escala comunitaria que se encontraba en el local de los demandados.

¹⁰⁶ Corpas Pastor, L. (2016). Usucapión extraordinaria de elementos comunes de la propiedad horizontal. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 181, pág. 21.

¹⁰⁷ STS, 30.10.1998 (RJ 1998\8354).

¹⁰⁸ JUR 2017\229424.

¹⁰⁹ JUR 2010\178381.

¹¹⁰ «El hecho de que el plano no refleje ese espacio o que el mismo no figure en su título de dominio o en los Estatutos no comporta, sin más, que esté incluido en su local comercial. El razonamiento seguido en la sentencia al referirse a los planos del edificio se apoya no sólo en el plano-documento nº5 (en el que no se refleja ningún espacio en niveles inferiores, figurando, eso sí, la línea de colindancia entre el local y la escalera) sino también, especialmente, en lo apreciado directamente sobre la realidad física con ocasión de la prueba de reconocimiento judicial (el muro o pared divisoria, con apariencias de muro de carga, y el acceso a través de una puerta de madera tras haber "desaparecido" la parte del muro correspondiente). Y en cuanto a los linderos, la tesis que defienden los recurrentes (se incluye el hueco de la escalera) resulta irreconciliable con la descripción del local que consta en su título adquisitivo y en el Registro de la Propiedad. (...) En definitiva, el espacio o porción de terreno discutido no encaja en la descripción del título de dominio que esgrimen los demandados, y si éstos pretenden sostener que hay un error en la escritura de compraventa o en el Registro de la Propiedad es a ellos a quien correspondería acreditarlo, en lugar de mantener que el lindero derecho incluye el hueco de la escalera, obviando que tal inclusión no se corresponde con la descripción que consta en su título.» (FD 1º).

Se reconoce la prescripción adquisitiva de un elemento común en la SAP Barcelona, 17ª, 26.7.2010¹¹¹, la cual confirma la sentencia de primera instancia. En este caso, los demandados son los terceros propietarios de una vivienda que utiliza supuestamente una terraza comunitaria de forma exclusiva. El primer propietario compró su vivienda al promotor en el año 1972 en cuyo contrato de compraventa constaban entre otros elementos dos terrazas. Hubo posesión en concepto de dueño porque el propietario creía que la terraza era suya y actuó en consecuencia, debido a lo establecido en el contrato de compraventa. Cuando la segunda propietaria vendió la vivienda a sus actuales propietarios, la terraza objeto de litigio fue tasada, así que adquirieron el sobreático convencidos que dicha terraza también pasaba a ser de su propiedad. La Comunidad no reclamó la terraza hasta el año 2006, cuando la segunda propietaria se preparaba para vender la vivienda, por lo que habían transcurrido casi 35 años de "posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de dueños" de los distintos propietarios del sobreático. Por todo lo expuesto, se estimó la usucapión de la terraza, que era un elemento común por destino. En cambio, en una sentencia de la misma sala de 30.6.2011¹¹² no tuvo lugar la prescripción adquisitiva porque el actor, que pedía la declaración de desafectación de espacios comunitarios, no consiguió probar que la posesión cumplía todos los requisitos legales correspondientes.

El TSJ Cataluña¹¹³ ha rechazado la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad o no de la usucapión de elementos comunes. En el supuesto, los actores lindan con el hueco del ascensor, que no se construyó en el momento de la construcción del inmueble, y hace ya más de treinta años realizaron obras en la cocina utilizando tal espacio. La Audiencia Provincial de Barcelona entendió que no procedía la prescripción adquisitiva extraordinaria por tratarse de un elemento común por naturaleza.

En cambio, el TSJ Cataluña entiende que sí cabe la usucapión de elementos comunes por destino, pero no por naturaleza, basándose en la unánime jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁴. Se entiende el carácter de elemento común por naturaleza del hueco del ascensor, atendiendo a las normas de construcción que obligan a tener un ascensor en un edificio de tres

¹¹¹ AC 2010\1512.

¹¹² SAP Barcelona, 17ª, 30.6.2011 (JUR 2011\320025).

¹¹³ Auto del TSJ Cataluña, 1ª, 20.1.2011 (RJ 2011\1567).

¹¹⁴ «En la distinción entre elementos comunes por naturaleza, que son aquellos inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, de aquellos otros elementos comunes por destino que son los que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de alguno de los propietarios singulares, siendo éstos últimos susceptibles de prescripción adquisitiva y negándose a los otros su posibilidad.» (RJ 2º).

o más plantas, a la satisfacción de las necesidades de personas minusválidas y al consiguiente incremento de valor del edificio.

Una de las sentencias más conocidas y alegadas en esta materia es la STS, 11.11.2002¹¹⁵ que estima el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife¹¹⁶ que declaraba la usucapión de un pasillo comunitario que se había cerrado e invadido. En la sentencia recurrida se argumenta erróneamente que, después de más de veinte años del cierre, había prescrito la acción por lo que hubo consentimiento tácito de la comunidad¹¹⁷. Ante la imposibilidad de la Comunidad de ejercitar acción alguna, los propietarios poseyeron el pasillo bajo la creencia que el pasillo pasaba a ser de su propiedad.

Este razonamiento no es correcto ya que se debe diferenciar la acción de restitución de un elemento común alterado a su estado original, presuntamente prescrita, de la acción declarativa o reivindicatoria de dominio, y ésta última respecto de la usucapión del bien¹¹⁸. Como consecuencia de la prescripción de la acción de restitución, la restitución del elemento común a su estado originario ya no debería ir a cargo de sus causantes sino de la Comunidad que no ejerció su derecho a tiempo, pero, como ya se ha explicado anteriormente en el presente trabajo, esto no implica que se produzca un cambio de titularidad del bien, el cual seguirá siendo común.

El Tribunal Supremo anuló la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia que obligaba a la retirada de las puertas de madera instaladas en el pasillo, al entender que no procedía la usucapión por ausencia de justo título. También yerra la Audiencia Provincial en el plazo de prescripción aplicable que sería de treinta años por ser una acción de carácter real. Además, la prescripción fue apreciada de

¹¹⁵ RJ 2002\10017.

¹¹⁶ SAP de Santa Cruz de Tenerife, 1ª, 25.1.1997 (AC 1997\177).

¹¹⁷ «Puede entenderse que ha existido un consentimiento tácito a la modificación llevada a cabo por los demandados, y en todo caso prescrito la acción de la comunidad al haber transcurrido más de 15 años desde que pudieron ejercitar la acción, amén de la prescripción adquisitiva, ya que los demandados han venido poseyendo en la creencia de que el pasillo había pasado a ser propiedad privativa.» (FD 3º).

¹¹⁸ Se ha discutido acerca de si en caso de producirse la usucapión de un bien prescribiría autónomamente la acción reivindicatoria de dominio, pero no a la inversa. Y menos aún procede el citado razonamiento cuando ni estamos ante una acción de este tipo. Si la acción reivindicatoria sobre un bien hubiera prescrito, aquél que posee el bien no lo adquirirá automáticamente por usucapión sino que se deberá cumplir con los requisitos legales. Artículo recomendado al respecto de la conocida discusión: Martínez Velencoso, L. M. (2013). Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?. *InDret*, núm. 2/2013. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/979.pdf>

oficio lo cual no es admisible. Los demandantes deberían haber alegado la prescripción de la acción¹¹⁹, pero éstos sólo invocaron la prescripción adquisitiva.

Ya en 1998 el Tribunal Supremo¹²⁰ resolvió un supuesto de prescripción adquisitiva contra tábulas de elementos comunes. Debido a la posesión de buena fe, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida de un rellano de uso común de entreplanta por el promotor constructor del edificio y sus causahabientes desde 1963 a 1992, debe proceder la usucapión del elemento común por destino, el cual se utilizaba para guardar coches de niños y bicicletas.

Para acabar añadir que uno de los propietarios pasará de tener un elemento en copropiedad a la propiedad en exclusiva. Esta conversión del elemento común en privativo implica un aumento del coeficiente de propiedad y, posteriormente, de la cuota de participación en los gastos de las zonas comunes, ya que el propietario en cuestión dispondrá de una mayor proporción de superficie.

Resulta interesante comentar que en algún supuesto ha procedido la usucapión de elementos privativos por parte de la Comunidad de Propietarios. Al respecto, se puede consultar la STS, 1ª, 29.10.2012¹²¹.

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia han discutido mucho acerca de la posible usucapión de elementos comunes. Las distintas Audiencias Provinciales han tomado posiciones dispares en el tema en ocasiones, pero, al final, tanto el TSJ Cataluña como el Tribunal Supremo, han resuelto la controversia. La adquisición del pleno dominio de uno de los elementos comunes por parte de un propietario en perjuicio de los otros copropietarios se producirá cuando se cumplan los requisitos establecidos por ley, distintos en Cataluña que en el Derecho común, y en todo caso respecto de un elemento común por destino.

¹¹⁹ Igualmente no tendría que ser aceptada porque el plazo de prescripción es de treinta años y no de quince como señala la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

¹²⁰ STS, 30.10.1998 (RJ 1998\8354).

¹²¹ STS, 1ª, 29.10.2012 (RJ 2012\9731).

CONCLUSIONES

Primera.- La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad que se caracteriza por la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes. Los propietarios de los elementos privativos gozan en exclusiva de éstos, pero comparten con el resto de propietarios la propiedad de los elementos comunes. Esta copropiedad lleva a la práctica muchos problemas, ya que todos quieren hacer valer su derecho de propiedad sobre los elementos comunes y a veces se extralimitan en él.

Segunda.- Teóricamente, la distinción entre los elementos comunes y privativos es muy clara, pero, a la práctica, se ven pronunciamientos contrarios de los tribunales respecto de la naturaleza de un mismo elemento. En principio, debería ser muy sencillo distinguir qué elementos son comunes, ya que lo son todos aquellos que constituyan como tal en el título constitutivo o estatutos de esa comunidad y, además, todos aquellos que no se especifique su naturaleza privativa. La acumulación de acciones declarativas en los tribunales nos muestran que la realidad es más compleja que la teoría. La cosa se complica aún más cuando añadimos una distinción más entre los conocidos como elementos comunes por destino y los elementos comunes por naturaleza, que indica si cabe la desafeción del elemento.

Tercera.- El hecho de ser un elemento común no conlleva que todos los propietarios puedan hacer un uso de él sino que la propiedad corresponde a todos ellos. Si lo establece el título constitutivo o los propietarios lo acuerdan unánimemente, se puede atribuir el uso exclusivo a uno o varios de los propietarios de elementos comunes. El derecho es de uso, no de propiedad, y, en consecuencia, no podrán ser alterados los elementos comunes, al ser una facultad que corresponde únicamente a los propietarios. De manera que se necesitará el consentimiento del resto de propietarios de ese bien de uso exclusivo para poder alterarlo. La atribución de este uso en exclusiva implica asumir los gastos de conservación y mantenimiento. Como la naturaleza del bien no se ve modificada por esta circunstancia, tampoco lo hará el coeficiente de propiedad y, en principio, tampoco la cuota de participación, salvo acuerdo en contrario.

Cuarta.- El uso y disfrute de los elementos comunes reconocido, salvo pacto en contrario, a todo propietario de elementos privativos debe adecuarse a la naturaleza del bien y a lo establecido en los estatutos, sin que en ningún caso pueda perjudicar a la Comunidad o al resto de propietarios que también tienen atribuido este derecho. Además, entre otras limitaciones al uso de los elementos privativos, destaca la no alteración de los comunes.

Quinta.- Algunos supuestos concretos de alteraciones o uso inadecuado y, por tanto, de actuaciones ilícitas son: el cierre de balcones que afectan a la configuración externa del edificio; la colocación de una valla de madera en una terraza que perjudica las vistas del vecino; la demolición de parte del forjado para ganar altura y la construcción de elementos estructurales para combatir su afectación; la apertura de una puerta; la instalación de una salida de humos ocupando parte del patio de luces; la instalación de un aparato de aire acondicionado en zona común que requiere perforación; o el uso del portal como recepción de un hotel.

Sexta.- Son supuestos de uso adecuado de elementos o de inexistencia de alteración a elementos comunes: el cerramiento acristalado de la pérgola existente en una terraza que es fácilmente desmontable; la colocación de una tarima de madera sobre el pavimento original de la terraza; la colocación en la terraza de una pérgola desmontable; el cambio de tuberías de evacuación de aguas por unas nuevas; o la colocación de placas profesionales, respetando las escasas normas sobre orden de colocación, lugar y forma.

Séptima.- En cuanto a las obras realizadas en locales comerciales, se ha admitido cierta flexibilización respecto a las mayorías necesarias para la adopción de un acuerdo de afectación de elementos comunes y respecto a las actuaciones que pueden realizar, las cuales no serían admitidas si se llevaran a cabo por propietarios de viviendas. Se ha aceptado, por ejemplo, la apertura de una nueva puerta en la fachada del edificio. Sin embargo, si no se realiza una actividad comercial, no habrá distinción alguna entre las obras permitidas en viviendas y en locales. Se consideró ilícita la sustitución en un local comercial de una puerta con otra porque dicha puerta comunicaba el local con el vestíbulo de la finca, lo que permitía a cualquier cliente poder acceder al vestíbulo comunitario.

Octava.- Frente a una alteración incontestada de elementos comunes, la Comunidad de Propietarios y, de forma más limitada, el resto de propietarios de elementos privativos pueden acudir a los tribunales para pedir la restitución de aquellos elementos comunes alterados a su estado originario. Esta acción de carácter real prescribe a los diez años en Cataluña y a los treinta en el ámbito estatal.

Novena.- Los propietarios de elementos privativos no pueden alterar los elementos comunes, salvo que dispongan del consentimiento de la Comunidad, que puede ser tácito o expreso. En Cataluña, el artículo 553-36.4 del Código Civil establece un supuesto muy concreto en el cual se entiende que existe consentimiento tácito. El consentimiento tácito convalidaría la

alteración realizada en el elemento común. Ni el conocimiento ni el silencio equivalen suponen automáticamente consentir. En estos casos, deben analizarse los hechos concretos, no siendo suficiente el mero transcurso del tiempo. Algunas sentencias han sido criticadas porque la única justificación dada es el paso del tiempo, lo cual para estos casos ya se prevé por el legislador la prescripción de la acción.

Décima.- Los demandados que supuestamente han alterado elementos comunes suelen alegar una serie de circunstancias para que no prospere la acción correspondiente. Debe quedar claro que si se estiman algunas de ellas, esto implica que, pese a la real alteración de elementos comunes por parte del demandado, no procederá la restitución del elemento a su estado anterior. En concreto, la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, el ejercicio tardío del derecho, la prohibición de ir contra los actos propios y el respeto al principio de igualdad.

Undécima.- Hubo pronunciamientos contradictorios de Audiencias Provinciales respecto a la posible prescripción por razón del uso continuado de un elemento común. Se debe diferenciar el supuesto de los elementos comunes por naturaleza de aquellos que lo son por destino. Del mismo modo que es posible la desafección de un elemento común por destino, porque forman parte del comercio de los hombres, son susceptibles de adquirirse por prescripción. Tanto el TSJ Cataluña como el Tribunal Supremo, han admitido la usucapión de elementos comunes por destino e incluso ha estimado la demanda de algunos que alegaban haber usucapido el bien litigioso.

Duodécima.- Cabe la prescripción adquisitiva de elementos comunes por destino, en caso que concurren los requisitos legales establecidos en el Código Civil de Cataluña y, si la situación de los inmuebles está en territorio de Derecho común, en el Código Civil. La dificultad en usucapir un elemento común no está en el hecho que el Tribunal no admita dicha posibilidad sino en que concurren los requisitos legales para darse, especialmente el referente a la posesión en concepto de dueño. En pocos supuestos prácticos procede la usucapión, la cual debe ser alegada por la parte. No obstante, incluso ha prosperado, en contados pronunciamientos, la usucapión de un elemento privativo por parte de la Comunidad de Propietarios, el cual se convierte en común.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2011). Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 2010. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). (2014). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Colina Garea, R. (2010). Comentario a la sentencia de 16 de julio de 2009 (RJ 2009, 4476). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010.
- Corpas Pastor, L. (2016). Usucapión extraordinaria de elementos comunes de la propiedad horizontal. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 181, págs. 8-24.
- Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña; Vale Muñoz, J. L.; y Arnáiz Ramos, R. (coord.). (2017). *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña*. Tomo 1. Barcelona: Atelier.
- Echeverría Summers, F.; y Morillo González, F. (2009). *Manual Práctico de Propiedad Horizontal para Cataluña*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Flores Rodríguez, J. (2014). La alteración sustancial de los elementos comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando obedece a una finalidad comercial. *Actualidad Civil*, núm. 1.
- Fuentes-Lojo Lastres, A.; y Fuentes-Lojo Rius, A. (2015). *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña. Comentarios, problemática y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- Fuentes-Lojo Rius, A. (2015). Los elementos comunes de uso exclusivo por naturaleza. *Diario La Ley*, núm. 8610.
- García García, J. M. (2017). *La Propiedad Horizontal. En la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Martí Martí, J. (2015). *La Modificación de la regulación de la Propiedad Horizontal en Catalunya por LEY 5/2015*. Barcelona: J. M. Bosch. Disponible en http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=12929

- Martínez Atienza, G. (2014). *La Ley de Propiedad Horizontal después de 2013. Doctrina, jurisprudencia y concordancias*. Barcelona: Editorial vLex. Disponible en http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=11903
- Vázquez Barros, S. (2010). *Propiedad horizontal: derechos y obligaciones de los vecinos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en <https://fluvia.upf.edu/tirant/auth.php?isbn=9788499858616>

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Real Decreto de 24 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889).
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (BOE núm. 176 de 23 julio de 1960).
- Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña (DOGC núm. 3798 de 13 de enero de 2003 y BOE núm. 32 de 6 de febrero de 2003).
- Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC núm. 4640 de 24 de mayo de 2006 y BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006).
- Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC núm. 6875 de 20 de mayo de 2015 y BOE núm. 130 de 1 de junio de 2015)

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 10.2.1992	RJ 1992\1199	Francisco Morales Morales
STS, 23.11.1995	RJ 1995\8898	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez
STS, 30.10.1998	RJ 1998\8354	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez

STS, 11.11.2002	RJ 2002\10017	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 19.12.2005	RJ 2006\152	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 22.12.2005	RJ 2005\7860	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 28.11.2008	RJ 2008\6939	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 15.12.2008	RJ 2009\154	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 16.7.2009	RJ 2009\4476	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 11.2.2010	RJ 2010\530	Román García Varela
STS, 1ª, 9.12.2010	RJ 2011\1412	Román García Varela
STS, 1ª, 18.5.2011	RJ 2011\3978	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 13.6.2011	RJ 2011\4523	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.11.2011	RJ 2012\1507	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 26.9.2012	RJ 2012\9018	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 29.10.2012	RJ 2012\9731	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 9.5.2013	RJ 2013\3697	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 15.10.2013	RJ 2013\6954	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 2.2.2016	RJ 2016\499	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 16.3.2016	RJ 2016\855	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 1.7.2016	RJ 2016\2885	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 27.6.2016	RJ 2016\3163	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 14.9.2016	RJ 2016\4108	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 8.11.2017	RJ 2017\4751	Francisco Javier Arroyo Fiestas

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STSJ Cataluña, 1ª, 31.3.2008	RJ 2009\301	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 5.2.2009	RJ 2009\3021	Enric Anglada Fors
Auto TSJ Cataluña, 1ª, 20.1.2011	JUR 2011\1567	José Francisco Valls Gombau

STSJ Cataluña, 1ª, 31.10.2012	RJ 2012\11183	Carlos Ramos Rubio
STSJ Cataluña, 1ª, 17.1.2013	RJ 2013\3655	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 25.4.2013	RJ 2013\8303	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 19.9.2013	RJ 2014\143	Enric Anglada Fors
Auto TSJ Cataluña, 1ª, 21.11.2013	JUR 2014\8118	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 5.6.2014	RJ 2014\4327	José Francisco Valls Gombau
STSJ Cataluña, 1ª, 26.3.2015	RJ 2015\4448	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 20.7.2015	RJ 2015\4630	María Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña, 1ª, 16.6.2016	JUR 2016\174490	María Eugenia Alegret Burgues

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Lleida, Secc. 2ª, 10.11.2006	JUR 2007\228896	Albert Montell García
SAP Tarragona, Secc. 1ª, 3.3.2008	JUR 2008\143753	Antonio Carril Pan
SAP Tarragona, Secc. 1ª, 30.7.2008	JUR 2009\228581	Antonio Carril Pan
SAP Tarragona, Secc. 1ª, 30.7.2008	JUR 2009\228592	Sergio Nasarre Aznar
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 14.1.2009	JUR 2009\142789	Jordi Seguí Puntas
SAP Barcelona, Secc. 14ª, 3.2.2009	JUR 2009\173024	Rosa María Agulló Berenguer
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 30.6.2009	JUR 2009\408215	Jordi Seguí Puntas
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 1.12.2009	JUR 2010\76924	Inmaculada Zapata Camacho
SAP Girona, Secc. 1ª, 1.2.2010	JUR 2010\158284	Fernando Lacaba Sánchez
SAP Lleida, Secc. 2ª, 26.2.2010	JUR 2010\178381	Ana Cristina Sainz Pereda
SAP Lleida, Secc. 2ª, 5.3.2010	JUR 2010\177468	Albert Guilanyà i Foix
SAP Barcelona, Secc. 11ª, 24.3.2010	JUR 2010\163517	Ramón Foncillas Sopena
SAP Barcelona, Secc. 17ª, 26.7.2010	AC 2010\1512	María Sanahuja Buenaventura

SAP Barcelona, Secc. 14ª, 23.9.2010	JUR 2010\374749	Marta Font Marquina
SAP Barcelona, Secc. 17ª, 21.10.2010	JUR 2011\82522	María Sanahuja Buenaventura
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 25.5.2011	JUR 2011\257742	Jordi Seguí Puntas
SAP Barcelona, Secc. 17ª, 30.6.2011	JUR 2011\320025	José Antonio Ballester Llopis
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 7.9.2011	JUR 2011\362250	José Luis Valdivieso Polaino
SAP Barcelona, Secc. 11ª, 10.11.2011	JUR 2012\108447	María del Mar Alonso Martínez
SAP Barcelona, Secc. 11ª, 24.5.2012	JUR 2012\220987	Antonio Gómez Canal
SAP Tarragona, Secc. 1ª, 19.10.2012	JUR 2013\12980	Antonio Carril Pan
SAP Barcelona, Secc. 19ª, 16.9.2013	JUR 2014\878	María Asunción Claret Castany
SAP Girona, Secc. 1ª, 3.10.2013	JUR 2013\356575	María Isabel Soler Navarro
SAP Lleida, Secc. 2ª, 23.1.2014	JUR 2014\54594	Albert Montell García
SAP Girona, Secc. 1ª, 6.2.2014	JUR 2014\88923	María Isabel Soler Navarro
SAP Barcelona, Secc. 1ª, 21.2.2014	JUR 2014\110689	Ramón Vidal Carou
SAP Barcelona, Secc. 16ª, 27.3.2014	JUR 2014\113752	Inmaculada Zapata Camacho
SAP Barcelona, Secc. 1ª, 19.12.2014	JUR 2015\67008	Ramón Vidal Carou
SAP Barcelona, Secc. 19ª, 7.7.2017	JUR 2017\229424	Miguel Julián Collado Nuño
SAP Barcelona, Secc. 17ª, 4.10.2017	JUR 2017\292245	Marta Elena Fernández de Frutos
SAP Barcelona, Secc. 1ª, 27.11.2017	JUR 2018\18969	Isabel Adela García de la Torre Fernández
SAP Barcelona, Secc. 17ª, 14.12.2017	JUR 2018\21614	José Antonio Ballester Llopis
SAP Tarragona, Secc. 3ª, 16.1.2018	JUR 2018\37891	Joan Perarnau Moya

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Resolución DGRN 5.10.2000	RJ 1999\8453	n/c